

FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

L'accès à la justice en matière de droits de la personne : les discours juridiques sous le regard de la typologie des cinq vagues élaborée par Roderick A. Macdonald

Mémoire de maîtrise

Soumis à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke, Québec

en vue de l'obtention du grade de Maître en droit

Co-directeurs :

Stéphane Bernatchez et Louise Lalonde

Préparé par :

Anne-Marie Santorineos

23 septembre 2016

© Anne-Marie Santorineos, 2016

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	5
1 Problématique et méthodologie	12
1.1 Le contexte historique de l'accès à la justice.....	12
1.1.1 Les premières réflexions sur l'accès à la justice	13
1.1.2 Le contexte factuel de l'accès à la justice en matière de droits de la personne	20
1.1.2.1 La situation au Québec.....	20
1.1.2.2 La situation ailleurs au Canada	26
1.2 Le contexte théorique de l'accès à la justice.....	30
1.2.1 La justice avant l'accès	31
1.2.1.1 La justice et le droit.....	32
1.2.1.2 La justice et le concept d'égalité	33
1.2.1.3 La justice et le citoyen	34
1.2.2 L'accès à la justice dans la doctrine.....	39
1.2.2.1 L'approche traditionnelle de l'accès à la justice....	39
1.2.2.2 L'approche citoyenne de l'accès à la justice.....	41
1.2.3 L'accès à la justice dans la jurisprudence	43
1.3 Le problème de recherche	50
1.4 Les précisions méthodologiques	53
2 Cadre théorique : la typologie des cinq vagues de Roderick A. Macdonald comme outil d'éclairage des différentes conceptions de l'accès à la justice ...	55
2.1 La typologie des cinq vagues et les barrières à l'accès à la justice.....	57
2.2 Les cinq vagues : de la modernité à la postmodernité	63
2.3 Les différentes conceptions du pluralisme juridique	67
2.4 En arrière-plan des cinq vagues : différentes conceptions du droit et de l'accès à la justice	80

2.4.1	Conceptions monistes de l'accès à la justice	81
2.4.2	Conceptions pluralistes de l'accès à la justice	83
2.4.3	Synthèse	85
2.5	Les questions spécifiques de la recherche	86
3	Analyse théorique des discours juridiques	86
3.1	Les fondements des discours juridiques : entre une conception traditionnelle et élargie de l'accès à la justice.....	87
3.1.1	Conception traditionnelle, moniste et positiviste de l'accès à la justice	88
3.1.1.1	Le rétablissement du recours individuel	90
3.1.1.2	L'accès direct	95
3.1.1.3	L'élargissement de la compétence	105
3.1.2	Conception élargie, pluraliste et/ou postpositiviste de l'accès à la justice	107
3.1.2.1	L'attribution d'un sens plus large	109
3.1.2.2	L'accès à la justice dans le monde vécu	120
3.1.3	Synthèse	129
	Conclusion	132
	Bibliographie	139

Devant la porte de la Loi se tient un gardien. Ce gardien voit arriver un homme de la campagne qui sollicite accès à la Loi. Mais le gardien dit qu'il ne peut le laisser entrer maintenant. L'homme réfléchit, puis demande si, alors, il pourra entrer plus tard. « C'est possible, dit le gardien, mais pas maintenant. » Comme la grande porte de la Loi est ouverte, comme toujours, et que le gardien s'écarte, l'homme se penche pour regarder à l'intérieur. Quand le gardien s'en aperçoit, il rit et dit : « Si tu es tellement attiré, essaie donc d'entrer en dépit de mon interdiction. Mais sache que je suis puissant. Et je ne suis que le dernier des gardiens. De salle en salle, il y a des gardiens de plus en plus puissants. La vue du troisième est déjà insupportable, même pour moi. » L'homme de la campagne ne s'attendait pas à de telles difficultés ; la Loi est pourtant censée être accessible à tous à tout moment, pense-t-il ; mais en examinant de plus près le gardien dans sa pelisse, avec son grand nez pointu, sa longue barbe de Tartare maigre et noire, il se résout à attendre tout de même qu'on lui donne la permission d'entrer. Le gardien lui donne un tabouret et le fait asseoir à côté de la porte. Il y reste des jours, des années.

Frank Kafka, *Devant la loi*

Introduction

L'accès à la justice est considéré comme un des principaux problèmes du milieu juridique canadien depuis plus de trente ans et a acquis une place d'importance dans le discours juridique.¹ De manière générale, l'accès à la justice a été analysé comme représentant l'accès aux tribunaux; les travaux ayant été axés sur le problème de l'aide judiciaire et de l'effectivité des droits. Aujourd'hui, il semble que la société pluraliste dans laquelle nous vivons commande d'élargir la notion d'accès à la justice.

Selon ce qu'il ressort d'un large éventail de données sur le système de justice et selon les parties intéressées dans le système, le Canada fait face à des défis majeurs en ce qui a trait à l'accès à la justice. Par exemple, dans le domaine de l'accès à la justice civile, le Canada se situe au 13e rang de 29 pays à revenu élevé, en 2012-2013, et au 16e rang de 23 pays à revenu élevé, en 2011. Selon l'étude de 2011, le rang du Canada « s'expliquait en partie par les lacunes ayant trait à la capacité de payer les conseils juridiques et la représentation juridique ainsi que par la longue durée des causes civiles ».² De plus, les sondages ne cessent de démontrer que la population ne semble plus avoir confiance au système judiciaire.³ Trop lente, trop coûteuse, trop complexe et lointaine, telle est l'image de la justice entretenue par les citoyens.⁴ Ces problèmes sont assez significatifs pour avoir attiré l'attention des différents acteurs de la communauté juridique et de la société

¹ L'ancienneté de la problématique de l'accès à la justice remonte bien plus loin dans l'histoire. Elle existait

² Mark D. Agrast *et al.*, *Rule of Law Index 2012-2013*, Washington, D.C. : The World Justice Project, 2012 à la p 27; Mark D. Agrast *et al.*, *Rule of Law Index 2011*, Washington, D.C. : The World Justice Project, 2011 à la p 23. Traduction tirée de : Comité d'action sur la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, sous la direction de l'honorable Thomas A. Cromwell, Ottawa, Canada, octobre 2013 à la p 04; [*Rapport Cromwell*].

³ Pierre Noreau et Alexandra Pasca, « Les grands modèles de justice de proximité : bilan d'une nouvelle pratique juridique » (2014) 44 RGD 305 [Noreau et Pasca, « Les grands modèles »]; Voir aussi : Pierre Noreau, « Avenir de la justice : des problèmes anciens... aux solutions prochaines » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives. Les Journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010, 3 à la p 4 [Noreau, « Avenir »]; Trevor C. W. Farrow, « What is Access to Justice? », (2013-2014) 51.3 Osgoode Hall LJ 957 aux pp 973 et 974 [Farrow, « What is Access to Justice? »]; Marie-Claude Malboeuf, « Près de la moitié des Québécois ne font pas confiance aux tribunaux », *La Presse*, Montréal, 5 janvier 2006.

⁴ Pierre Noreau, « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives. Les Journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010, 13 à la p 43 [Noreau, « Accès à la justice et démocratie en panne »].

en général au cours des dernières décennies.⁵ En 2011, le gouvernement du Québec annonçait un plan d'accès à la justice visant trois objectifs principaux : augmenter la capacité des tribunaux à entendre des causes et à rendre des jugements, réduire les coûts et les délais et simplifier le processus judiciaire.⁶ Déjà, un ensemble de mesures ont été prises afin de mettre en œuvre ce plan telles que l'adoption du nouveau *Code de procédure civile*⁷, la création de Centres de justice de proximité ainsi que la hausse du seuil d'accessibilité à l'aide juridique⁸.

Le nouveau *Code de procédure civile* propose de moderniser et simplifier les règles de procédure. Il vise entre autres à faciliter la compréhension des règles de procédure et à mieux répondre aux besoins juridiques du citoyen, tout en diminuant les coûts et les délais de la justice.⁹ La disposition introductive du nouveau Code énonce clairement les objectifs à son troisième alinéa, en précisant qu'il vise notamment à assurer : « l'accessibilité, la qualité et la célérité de la justice civile ». ¹⁰ Le nouveau Code présente des changements profonds dans notre manière de concevoir la justice civile et d'y faire appel notamment en proposant une nouvelle offre de justice qui met de l'avant les modes alternatifs de règlement des différends comme premier moyen à considérer afin de résoudre un conflit.¹¹ Cette nouvelle approche accordera une large place à la participation concrète et active des justiciables à leur dossier. Le nouveau Code vise ainsi à créer un nouvel équilibre entre tous les acteurs impliqués dans le système de justice : les juges, les avocats et les parties. Pour le ministre de la Justice de l'époque monsieur Bertrand St-Arnaud, les nouvelles dispositions auront un impact considérable en matière d'accès à la

⁵ Plusieurs études ont préconisé une réforme du système de justice civile. Voir notamment : le *Rapport Macdonald* (1991), le *Rapport Blair* (1996), le *Rapport Dickson* (1996), le *Rapport Shone* (2006).

⁶ Communiqué du gouvernement du Québec, *Le Plan Accès Justice : pour une justice plus accessible et plus efficace*, présenté le 29 septembre 2011 par le ministre de la Justice [de l'époque], M. Jean-Marc Fournier.

⁷ *Code de procédure civile*, RLRQ c. C-25.01 [« nouveau Code »].

⁸ Au 31 mars 2016 : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/dossiers/aide/seuils_aide.htm.

⁹ Dans le même ordre d'idée, l'Ontario a aussi modifié ses règles de procédure civile, à la suite du rapport de 2007 intitulé *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations*. L'honorable Coulter A. Osborne précisait alors que « L'accès au système de justice, à la fois pour les parties litigantes représentées par un avocat et celles qui ne le sont pas, a constitué la question déterminante de la présente révision. » : Groupe d'étude sur la réforme du système de justice civile, *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations*, sous la direction de l'honorable Coulter A. Osborne, gouvernement de l'Ontario, novembre 2007, en ligne : <http://www.ontla.on.ca/library/repository/mon/20000/276577.pdf>.

¹⁰ Nouveau Code, *supra* note 7 à la disposition préliminaire.

¹¹ *Ibid* à l'article 1 alinéa 3.

justice : « L'adoption de cette réforme contribuera à faire passer notre justice civile du 20e au 21e siècle. Concrètement, les nouvelles dispositions contribueront à rendre notre système de justice civile plus accessible, plus rapide, moins lourd et moins coûteux »¹².

Les Centres de justice de proximité, implantés en 2010, constituent un lieu reconnu d'information juridique et de référence, proche des citoyens, visant à rendre la justice plus accessible et à accroître la confiance dans le système judiciaire.¹³ Ils proposent des services d'information, de soutien et d'orientation, offerts en complémentarité avec les ressources existantes. Ils sont financés par le Fonds Accès Justice. Ce fonds spécial a pour objet de soutenir des actions qui ont pour objectif d'améliorer, dans la collectivité, la connaissance et la compréhension du droit ou du système de justice québécois ainsi que l'utilisation de celui-ci.¹⁴ Selon Noreau et Pasca, ce type d'entités est destiné « à favoriser la mise en relation des citoyens avec le système de justice traditionnel, sinon la gestion amiable de leurs différends dans le cadre de pratiques fondées sur la résolution ou la prise en charge préventive des conflits et par une approche d'accompagnement personnalisée. »¹⁵

Plusieurs autres projets dans les dernières années avaient comme problématique l'accès à la justice.¹⁶ Au Québec, une réflexion fort importante a été menée par le Groupe de

¹² Communiqué du gouvernement du Québec, *Adoption du projet de loi no 28 instituant le nouveau Code de procédure civile - Le ministre de la Justice salue cette avancée en matière d'accès à la justice*, présenté le 20 février 2014 par le ministre de la Justice [de l'époque], Bertrand St-Arnaud, en ligne : <http://www.fil-information.gouv.qc.ca/Pages/Article.aspx?aiguillage=ajd&type=1&idMenuItem=1&idArticle=2202206004>.

¹³ En ligne : <http://justicedeproximite.qc.ca/>.

¹⁴ *Loi instituant le Fonds Accès Justice*, LQ 2012, c 3.

¹⁵ Noreau et Pasca, « Les grands modèles », *supra* note 3 à la p 327. Voir aussi : Pierre Noreau, *Le droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis/CDPQ, 1993.

¹⁶ Québec, Ministère de la justice, *Les actes du Sommet de la justice tenu à Québec du 17 au 21 février 1992 : la justice, une responsabilité à partager*, Gouvernement du Québec, Ministère de la justice, 1992; Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, Consultations particulières dans le cadre de l'étude détaillée du projet de loi n° 87 - Loi modifiant la Loi sur l'aide juridique, 35^e légis, 1^{re} sess, vol 34, n° 50 (6 juin 1995); Comité de travail sur la réforme de l'aide juridique, *Rapport du Comité de travail sur la réforme de l'aide juridique*, sous la direction du professeur William A. Schabas, Gouvernement du Québec, décembre 1995; Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, Consultations particulières dans le cadre de l'étude détaillée du projet de loi n° 20 - Loi modifiant la Loi sur l'aide juridique, 35^e légis, 2^e sess, vol 35, n° 25 (5 juin 1996); Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile – une nouvelle culture judiciaire*, sous la direction du professeur Denis Ferland, Québec, Ministère de la Justice, 2001; Groupe de travail sur la révision du régime d'aide juridique au Québec, *Pour une plus grande accessibilité à la justice*, sous la direction de Pierre Moreau, Québec, Ministère de la Justice, 2005; Mélanie Beaudoin, *Accès à la*

travail sur l'accessibilité à la justice présidé par Roderick A. Macdonald en 1989 dont le rapport a été déposé en 1991.¹⁷ Le mandat du groupe de travail consistait à revoir le système québécois d'aide juridique pour en identifier les forces et les faiblesses, et à suggérer des modifications susceptibles de le bonifier. Le rapport Macdonald souligne que le programme d'aide juridique devait être en mesure de répondre à son objectif fondamental, soit celui d'assurer à toute personne économiquement défavorisée l'accès aux tribunaux et aux services professionnels d'un avocat ou d'un notaire, et de lui fournir l'information nécessaire sur ses droits et obligations.¹⁸ Plus récemment, les deux derniers rapports stratégiques du ministère de la Justice du Québec ont au cœur de leurs préoccupations l'accès à la justice. Le ministre de la Justice de l'époque, Jean-Marc Fournier, soulignait qu'« [a]u cours des prochaines années, notre système de justice sera appelé à relever de grands défis dans plusieurs domaines, particulièrement en ce qui concerne l'amélioration de l'accessibilité des services et l'efficacité du système de justice. »¹⁹ Pour ce faire, le ministère, dans son Plan stratégique 2010-2015, comptait davantage penser la justice de façon proactive et susciter une réflexion novatrice pour favoriser une justice plus accessible pour le citoyen.²⁰ La même approche a été reprise dans le Plan stratégique 2015-2020 alors que la ministre de la Justice, Stéphanie Vallée, affirme qu'afin de « favoriser l'accessibilité à la justice et au droit, nous projetons notamment de miser sur de nouvelles formes de justice et de poursuivre nos actions pour adapter le droit aux nouvelles réalités sociétales. »²¹ La sous-ministre de l'époque, Nathalie G. Drouin, précise, quant à elle, vouloir « concrétiser cette nouvelle culture

justice. Vers l'avenir: innovation, éducation, engagement, Le Journal du Barreau du Québec, décembre 2013 à la p 10; Pierre-Claude Lafond, *L'accès à la justice civile au Québec Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012 [Lafond, « L'accès »]; Comité de l'accès à la justice de l'Association du Barreau canadien, *Nouveau regard sur l'égalité devant la justice*, Ottawa, L'Association du Barreau canadien, avril 2013; Comité de l'accès à la justice de l'Association du Barreau canadien, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Ottawa, L'Association du Barreau canadien, novembre 2013.

¹⁷ Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, sous la direction de Roderick A. Macdonald, Ministère de la justice, Québec, 1991 [*Rapport Macdonald*].

¹⁸ *Ibid* à la p 6.

¹⁹ Plan stratégique 2010-2015 du ministère de la Justice du Québec à la p 3, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/administ/pdf/plan-strat1015.pdf>.

²⁰ *Ibid*.

²¹ Plan stratégique 2015-2020 du ministère de la Justice du Québec à la p 3, en ligne : <http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/administ/pdf/plan-strat1520.pdf>.

juridique où le tribunal ne doit plus être vu comme étant la seule option possible pour régler un différend ». ²²

Les faits inquiétants constatés en matière d'accès à la justice semblent dépasser les frontières du Québec : « Le Canada est aux prises avec un problème grave de manque d'accès à la justice et la situation doit être corrigée de manière urgente, conclut un groupe national établi par la juge en chef du pays, Beverley McLachlin. » ²³ Le groupe formé en 2008, présidé par le juge de la Cour suprême du Canada Thomas Cromwell, s'est penché sur la question d'accès à la justice dans les domaines civil et familial. Le rapport publié en 2013 qualifie le système actuel d'« insoutenable » et il plaide pour une « nouvelle approche et une nouvelle façon de penser ». ²⁴ « Le système actuel, qui est inaccessible à tellement de gens et qui est incapable de remédier comme il faudrait au problème, est insoutenable. » ²⁵ Le rapport préconise aussi un recours accru aux modes alternatifs de résolution de conflit, dont la médiation, et que les cours et tribunaux soient transformés en « centres multiservices » d'ici 2019 pour offrir plus d'options aux justiciables. Selon les auteurs, « [l]e mot d'ordre pourrait être : la cour si nécessaire, mais pas nécessairement la cour ». ²⁶ En plus du rapport Cromwell, plusieurs autres études ont été menées sur la question au niveau national venant par le fait même confirmer qu'il existe un problème sérieux d'accès à la justice au Canada. ²⁷

À la suite du rapport Cromwell, une vingtaine d'intervenants et d'organismes du milieu juridique québécois se sont regroupés pour créer le Forum québécois sur l'accès à la justice civile et familiale. La mission du Forum est de « [f]avoriser une meilleure concertation des efforts de tous les intervenants en matière de justice vers un même

²² *Ibid* à la p 5.

²³ Hugo de Grandpré, « Problème grave et urgent d'accès à la justice », La Presse, publié le 08 octobre 2013: <http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/actualites-judiciaires/201310/08/01-4697602-probleme-grave-et-urgent-dacces-a-la-justice.php>.

²⁴ *Rapport Cromwell*, *supra* note 2 aux pp iii et 07.

²⁵ *Ibid* à la p iii.

²⁶ *Ibid* à la p 12.

²⁷ *Supra* note 5; Canada, Ministère de la Justice du Canada, *Access to Justice : The State of Research and Vision of Future*, Ottawa, 1990; Canada, Ministère de la justice du Canada, *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000 [*Élargir nos horizons*]; Association du Barreau canadien, Comité sur l'accès à la justice, *Atteindre l'égalité devant la justice: une invitation à l'imagination et à l'action. Un rapport sommaire du Comité sur l'accès à la justice de l'ABC*, Ottawa, 2013; Windsor Yearbook of Access to Justice, University of Windsor, Faculty of Law.

objectif : l'élaboration d'une offre de justice cohérente, adaptée aux besoins des citoyens et qui, dans sa diversité, reconnaît qu'un meilleur accès à la justice requiert davantage qu'un meilleur accès aux tribunaux »²⁸.

Des initiatives ont aussi été prises en matière de droit à l'égalité afin de rendre la justice plus accessible. L'analyse du régime actuel de protection des droits de la personne au Québec a donné lieu à trois colloques au cours des dernières années. Un premier sur l'accès direct à un tribunal spécialisé en cette matière : *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité. L'urgence d'agir au Québec ?* tenu les 22 et 23 novembre 2008 à Montréal et organisé conjointement par le Barreau du Québec et le Tribunal des droits de la personne.²⁹ Un second portant sur les défis que posent la défense et la promotion des droits de la personne en période de crise économique : *Oser les droits et libertés! Organisations et enjeux* tenu en juin 2009 à Montréal et organisé par la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec dans le cadre de la Conférence annuelle de l'Association canadienne des commissions et conseil des droits de la personne.³⁰ La conférence a traité notamment du système de protection des droits et des différents modèles qui existent, au Québec, en Ontario, en Colombie-Britannique et ailleurs au Canada. Finalement, un troisième colloque afin de souligner les 25 ans du Tribunal des droits de la personne : *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité* tenu en octobre 2015 à Montréal et organisé par le Tribunal des droits de la personne en collaboration avec le Barreau du Québec.³¹ Ce colloque a été l'opportunité, une fois de plus, de mettre la lumière sur les problèmes d'accès à la justice en matière d'égalité.

Les intervenants lors de ces colloques étaient d'accord pour dire que la situation de l'accès à la justice en matière de droits de la personne au Québec pose problème. Alors

²⁸ <http://nouvelleculturejudiciaire.quebec/fr/a-propos/>.

²⁹ Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008 [Tribunal des droits de la personne, *L'accès direct*].

³⁰ Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Oser les droits et libertés! Organisations et enjeux : colloque 15 et 16 juin 2009*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse Québec, 2009.

³¹ Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

qu'il semblait possible de penser qu'avec les institutions mises en place au Québec pour promouvoir et protéger les droits de la personne, telles que la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse et le Tribunal des droits de la personne, l'accès à la justice en matière de droits de la personne n'était pas un souci au Québec, la réalité est tout autre. Plus de vingt-cinq ans après la création du Tribunal des droits de la personne, plusieurs questions se posent en ce qui concerne sa compétence. En effet, celle-ci a considérablement été réduite essentiellement par la Cour d'appel du Québec depuis les quinze dernières années, le Tribunal étant privé du quart de sa juridiction antérieure³². C'est ainsi que plusieurs obstacles empêchent le Tribunal d'arriver à sa pleine efficacité. Un des plus importants a trait à la limitation de son accès suite à la décision *Ménard c. Rivet*³³ de la Cour d'appel du Québec qui est venue restreindre de façon importante l'accès des citoyens au Tribunal. Cette approche a été confirmée dans l'affaire *Saguenay*³⁴ par la Cour suprême du Canada. Alors que l'accès à la justice est reconnu comme un principe et un droit fondamental, il est considérablement limité en matière de droits de la personne.

En plus d'intéresser les acteurs de la communauté juridique et politique, la problématique de l'accès à la justice a préoccupé plusieurs autres acteurs de la société dans les dernières années. En ce sens, le journal *La Presse* a fait paraître en 2006 une série d'articles sur les problèmes liés à l'accès à la justice et la perception des citoyens face au système de justice.³⁵ Aussi, en 2009, la *Collection Protégez-vous* en partenariat avec le *Barreau du*

³² Michel Coutu, « Le Tribunal des droits de la personne comme « gardien de la Constitution » dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 89 à la p 116 [Coutu, « Le Tribunal des droits de la personne »].

³³ *Ménard c. Rivet*, [1997] RJQ 2108 [« *Ménard c. Rivet* »] (permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada, le 19 mars 1998).

³⁴ *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, [2015] 2 RCS 3 aux para 53 à 62 [« *Saguenay* »].

³⁵ *La Presse*, *Série / Les coûts de la justice*, Montréal, articles publiés du 5 au 9 janvier 2006. Voir notamment : Judith Lachapelle, « Plus de 1 million en frais de procédure... avant même le procès », *La Presse*, Montréal, 7 janvier 2006; Marie-Claude Malboeuf, « Près de la moitié des Québécois ne font pas confiance aux tribunaux », *La Presse*, Montréal, 5 janvier 2006; Marie-Claude Malboeuf, « Les coûts de la justice : des citoyens à bout », *La Presse*, Montréal, 7 janvier 2006; Marie-Claude Malboeuf, « Le cri d'alarme des juristes », *La Presse*, Montréal, 7 janvier 2006; Marie-Claude Malboeuf, « Des procès plus courts ? », *La Presse*, Montréal, 8 janvier 2006. Il existe une très grande quantité d'articles de journaux dénonçant les insuccès du système judiciaire. Voir notamment : Ian Mulgrew, « Winds of Change Begin to Blow through Broken Legal System », *The Vancouver Sun*, 28 avril 2013; Jacques Lachapelle et al, « Le monde judiciaire malade de sa justice », *Le Devoir*, 27 mars 2008; Jeremy Hainsworth, « Window of Opportunity' Closing to Fix Country's Access to Justice », *The Lawyers Weekly*, 10 mai 2013; *La Presse*

Québec a publié un numéro spécial portant sur l'accès à la justice.³⁶ Par ailleurs, des procès comme celui de Claude Robinson ont attiré grandement l'attention des médias qui ont notamment examiné cette affaire sous l'angle de l'accès à la justice.³⁷

Ces nombreux projets s'intéressant aux enjeux portant sur l'accès à la justice ont pris naissance dans un contexte particulier. La prochaine section présentera le contexte historique entourant l'accès à la justice afin de bien mettre en perspective l'évolution de ce dernier.

1 Problématique et méthodologie

1.1 Le contexte historique de l'accès à la justice

Un des premiers projets d'envergure sur la question de l'accès à la justice a été le « projet de Florence » mis en place par Mauro Cappelletti et Bryan Garth dans les années 1970. Ce projet a été axé à l'origine sur le problème de l'aide judiciaire, comme la plupart des premières réflexions ailleurs dans le monde aussi et posait la question suivante : comment rendre effectifs les nouveaux droits proclamés dans les Constitutions de nos États modernes?³⁸ Alors qu'au début les discussions traitaient de l'accès à la justice comme de l'accès aux tribunaux, les chercheurs se sont ensuite penchés sur la question des moyens non-judiciaires de résolution des conflits. On se demandait alors si le tribunal était un moyen suffisant pour assurer le respect du droit et faire régner la justice. Depuis ce

canadienne, « Le système de justice fait de plus en plus défaut aux citoyens, selon un rapport », paru dans *Le Devoir*, 9 octobre 2013.

³⁶ *Guide de l'accès à la justice*, Protégez-vous et Barreau du Québec, 2009.

³⁷ Voir notamment : Antoine Robitaille, *AFFAIRE CLAUDE ROBINSON Interminable (in)justice*, Montréal, *Le Devoir*, 23 décembre 2013, en ligne : <http://www.ledevoir.com/culture/cinema/395921/interminable-in-justice>; Baptiste Ricard-Châtelain, *La Cour suprême donne raison à Claude Robinson*, Québec, *Le Soleil*, 23 décembre 2013, en ligne : <http://www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/justice-et-faits-divers/201312/23/01-4723560-la-cour-supreme-donne-raison-a-claude-robinson.php>; Christian Latreille, *Claude Robinson obtient gain de cause, mais pas tout son argent*, Montréal, *Radio-canada*, 23 décembre 2013, en ligne : <http://ici.radio-canada.ca/nouvelles/societe/2013/12/23/002-cinar-claude-robinson-cour-supreme-decision.shtml>; Bryan Miles, « Robinson a trouvé «sérénité et quiétude» pour la première fois depuis longtemps », Montréal, *Le Devoir*, 20 janvier 2014, en ligne : <http://www.ledevoir.com/societe/justice/397760/robinson-a-trouve-a-la-suite-de-sa-victoire-en-cour-supreme-une-serenite-et-une-quietude>.

³⁸ Mauro Cappelletti et Bryant Garth, « Introduction » dans Mauro Cappelletti, dir, *Accès à la justice et État-providence*, Paris, *Economica*, 1984 à la p. 15 et s. [Cappelletti et Garth, « Introduction »].

projet, plusieurs autres études ont examiné la question de l'accès à la justice. La littérature démontre que cette notion possède divers sens. La prochaine partie propose de regarder le mouvement de l'accès à la justice afin de bien saisir dans quel contexte il a été développé. De manière plus précise, il sera question de l'accès à la justice en matière de droits de la personne.

1.1.1 Les premières réflexions sur l'accès à la justice

Le mouvement de l'accès à la justice qui, depuis toujours, représente un enjeu important de la justice publique a connu une recrudescence dans le contexte de l'État-providence, et ce, dans plusieurs pays de l'Europe de l'Ouest et du Commonwealth.³⁹ Selon Mauro Cappelletti et Bryan Garth, l'État-Providence implique une société dans laquelle l'État est appelé à jouer un rôle considérable dans une économie qui demeure essentiellement entre les mains des particuliers, et où l'État s'emploie à améliorer la condition économique et sociale de ceux qui sont désavantagés : pauvres, minorités variées, locataires, salariés et, de plus en plus, personnes ayant des intérêts diffus, tels les consommateurs⁴⁰. Il promeut un « État social » se préoccupant davantage de l'intérêt de chaque citoyen et de l'intérêt général. Il succède à la conception libérale d'un État dont le rôle se limite à garantir les libertés individuelles et la sécurité des citoyens, sans intervention dans la vie économique et sociale du pays. De nouveaux droits, fondés sur des besoins, prennent naissance à cette époque. Ceux-ci prévalent sur les droits accordés à tous ou à de grandes catégories de la population.⁴¹ Plusieurs penseurs dont les professeurs André Tunc et Mauro Cappelletti qualifient ces droits de « droits sociaux »⁴². L'affirmation de droits sociaux et les efforts faits pour les rendre effectifs semblent avoir complètement transformé l'État.

³⁹ Mauro Cappelletti et Bryant Garth, dir, *Access to justice*, Florence, éd. Sijthoff and Noordhoff, 1978.

⁴⁰ Cappelletti et Garth, « Introduction », *supra* note 38 à la p 19.

⁴¹ Alain Noël, « Présentation du numéro : vers un nouvel État-providence? Enjeux démocratiques », (1996) 30 *Politique et Sociétés* 3 à la p 9.

⁴² André Tunc, « En quête de justice », dans Mauro Cappelletti, dir, *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984 à la p 305 [Tunc, « En quête de justice »]; Mauro Cappelletti, « Access to Justice as a Programme for Reform and a Method of Legal Analysis », (1982) 2 *Windsor Y.B. Access Just.* 204. Voir aussi : Galanter Marc, « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », dans Mauro Cappelletti, dir, *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984 aux pp 166 et 167 [Galanter, « La justice »]. Il serait également possible, pour la reconnaissance des droits sociaux, de remonter, notamment, aux écrits de Georges Gurvitch. Georges Gurvitch, *La déclaration des droits*

L'État providence se caractérise ainsi par des mutations importantes des sociétés : mutations démographiques, sociologiques, économiques, institutionnelles et idéologiques. L'État n'a plus seulement pour tâche d'harmoniser des libertés dont tous les citoyens jouissent également et de garantir ces libertés à l'encontre de ses propres interventions. Les droits fondamentaux connaissent un second envol et on laisse place à l'émergence des droits de deuxième génération où on attend de l'État une action positive afin de garantir la jouissance effective des droits conférés. D'un point de vue juridique, le citoyen se voit reconnaître des droits positifs à l'encontre du gouvernement. En effet, une large gamme de lois et de règlements ayant pour but d'améliorer la condition des défavorisés dans leurs relations avec les acteurs influents de la société, tels que les entreprises importantes et les organes du gouvernement est mise en place pendant l'État providence. La transformation du rôle de l'État pendant cette période n'est pas sans effet sur le droit. Alors que l'État se transforme, il est possible d'observer que le droit se transforme aussi. Selon le professeur Jacques Chevallier, État et droit sont deux réalités étroitement liées, au point d'apparaître traditionnellement comme indissociables, voire consubstantielles ; dès lors, la reconfiguration des appareils d'État ne saurait manquer d'avoir une incidence sur la conception des phénomènes juridiques.⁴³ Ainsi, la transformation du droit s'inscrit dans la transformation sociale et politique.

Avec l'État providence qui fait place à un droit plus interventionniste que celui de l'État libéral, s'amorce aussi la crise du droit moderne. Les caractéristiques premières du droit moderne, telles que la stabilité, la systématisme et la généralité, se perdent au profit d'un droit d'abord social et matériel, et puis, postmoderne placé sous le signe de l'incertitude, du relativisme et de l'indétermination. Selon Chevallier, la rationalité du droit ne se présume plus : la norme est désormais passée au crible de l'efficacité, qui devient la condition et la caution de sa légitimité »⁴⁴. C'est ainsi que l'efficacité devient également une préoccupation importante en ce qui concerne l'accès à la justice pendant l'État providence. En effet, la prolifération des règles a incité de plus en plus de citoyens à

sociaux, Paris, Dalloz, 2009 (l'édition originale est parue en 1946 chez Vrin). Voir aussi Georges Gurvitch, *L'idée du droit social, notion et système du droit social Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, Paris, Sirey, 1932.

⁴³ Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, Coll. « Droit et Société », Paris, 2003 à la p 89 [Chevallier, « L'État post-moderne »].

⁴⁴ *Ibid* à la p 96.

recourir aux tribunaux et à diverses instances décisionnelles administratives afin de faire valoir des droits qui n'existaient pas auparavant. Le problème de l'accès à la justice devient, dans l'État providence, en grande partie le problème de l'accès à un « mécanisme social et administratif complexe »⁴⁵. En arrière-plan de l'adoption de nouvelles normes se trouve l'insuffisance du système à offrir la justice (comme institution) aux citoyens⁴⁶, et ce, à cause d'une surcharge du droit liée notamment aux coûts, aux délais, à l'encombrement des tribunaux et à la connaissance du droit. Comme l'explique la professeure Louise Lalonde, « cette « surcharge » du droit a été souvent dénoncée dans la littérature et est fréquemment présentée comme une conséquence directe de la juridicisation issue du phénomène de « l'État providence » et de l'instrumentalisation du droit qui en résulte »⁴⁷. La professeure Lalonde va plus loin en proposant que si « surcharge » il y a, il ne s'agit peut-être pas uniquement de celle des tribunaux, mais peut-être aussi de celle du droit lui-même et « d'une incapacité d'appréhender ce que plus d'un qualifie de « pluralisme juridique », résultant notamment des transformations profondes de nos sociétés, de leur complexité et de la remise en cause de leur mode de régulation monolithique et étatique »⁴⁸. Suivant ce sens, la transformation du droit au moment de l'État providentiel se produit à différents niveaux; plus particulièrement au niveau de l'offre de justice qui commence dès lors à être davantage diversifiée. Le problème de l'accès à la justice ne semble plus être considéré comme résolu du fait que tous ont la possibilité de saisir les tribunaux. Ceux-ci ne peuvent plus être regardés comme les seuls instruments servant à assurer la justice. Le problème est déplacé vers l'organisation judiciaire envisagée dans un sens très large. Ainsi, les réflexions autour de l'accès à la justice à l'époque de l'État providence portent sur la recherche de nouvelles solutions en vue de réaliser la justice dans un environnement présentant des besoins sociaux nouveaux.

⁴⁵ Tunc, « En quête de justice », *supra* note 42 à la p 323.

⁴⁶ Louise Lalonde, « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », dans Vincente Fortier, dir, *Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes*, Montpellier, CNRS, 2008 à la p 6 [Lalonde, « Une nouvelle justice »].

⁴⁷ Louise Lalonde, « Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice? » (2003) 1:2 RPRD 17 à la p 19 [Lalonde, « Les modes de PRD »].

⁴⁸ *Ibid.*

Ces préoccupations de justice nouvelle semblent se poursuivre de nos jours où l'on constate une crise des systèmes de protection sociale partant d'une réévaluation des dépenses sociales et en raison de l'aggravation du déficit des finances publiques⁴⁹. Plus largement, ces préoccupations de justice nouvelle s'infèrent du pluralisme social présent dans nos sociétés et des besoins des justiciables. Certains chercheurs disent être amenés « à penser la refonte du droit à l'extérieur de son cadre normatif actuel afin de prendre en compte les nouvelles morales individuelles ou à penser cette refonte à l'intérieur de son cadre actuel en prenant en compte la nouvelle pluralité de normes ».⁵⁰ Face à cette nouvelle réalité, le droit est de nouveau en pleine transformation laissant place à un droit réflexif fondé sur les processus plutôt que sur les résultats; l'idée étant de réconcilier les diverses sources du droit⁵¹ et niveaux de normativité⁵². S'inscrivant dans le courant du postpositivisme juridique, cette transformation du droit contemporain, auquel le mouvement de procéduralisation du droit est associé, suppose de concevoir et d'intégrer une proximité envers les normes et les faits.⁵³ Tel que le souligne la professeure Lalonde, « la procéduralisation est un phénomène qui transforme la nature des énoncés normatifs, passant d'une normativité qui oblige, dans l'ordre du devoir-être, à la promulgation d'énoncés normatifs qui incitent, proposent et mettent en place des processus interpellant ou convoquant les acteurs dans la construction de leur normativité »⁵⁴. L'interpellation des acteurs dans l'élaboration et l'application de la norme est au cœur de cette conception du droit. Tel que le mentionne Louise Lalonde, « les modèles d'élaboration du droit se transforment vers une certaine forme d'autorégulation dans le médium du droit, dans une philosophie de l'intersubjectivité que traduit notamment la pensée d'Habermas »⁵⁵.

⁴⁹ Chevallier, « L'État post-moderne », *supra* note 43 à la p 26.

⁵⁰ André Lacroix, Louise Lalonde et Georges A. Legault, « Les transformations sociales et la théorie normative du droit » (2002-03) 33 RDUS 1 à la p 5.

⁵¹ François Ost et Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.

⁵² Catherine Thibierge, « Introduction » dans Catherine Thibierge, dir, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, Bruylant, 2009.

⁵³ Louise Lalonde, « La Conférence de règlement à l'amiable dans le nouveau Code de procédure civile du Québec : les deux faces de Janus », dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec : « Approche différente » et « accès à la justice civile »*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit, 2014 à la p 305 [Lalonde, « La Conférence de règlement à l'amiable »].

⁵⁴ *Ibid* à la p 307.

⁵⁵ Louise Lalonde, « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu », (2006) Numéro thématique hors série R du B 321 à la p 342 [Lalonde, « L'application de la

Suivant ce sens, Chevallier explique que le droit devient un droit négocié, l'efficacité passant par la consultation des différents acteurs, par la culture de la négociation et par la contractualisation de l'action publique privilégiant ainsi la discussion plutôt que la contrainte.⁵⁶ Cette conception postpositiviste du droit se caractérise notamment par le passage de la transcendance à l'immanence où l'obligatorité des normes dépend du consensus et non plus du souverain représenté par l'État. Tel que le souligne la professeure Lalonde : « Nous sommes alors dans la logique du passage d'une autorité imposée vers une autorité consensuelle, non pas par souci d'accès mais par perte de légitimité de l'institution »⁵⁷. L'individu, et non plus l'État, devient la figure centrale de l'univers juridique. C'est ainsi que la logique du droit qui se fonde sur le commandement et la contrainte laisse place à celle de la gouvernance qui privilégie le dialogue, la négociation, le consensus.⁵⁸

Toutes ces transformations de l'État et du droit n'ont pas été sans influencer le mouvement de l'accès à la justice. En effet, la notion d'accès à la justice a évolué au fil des transformations de l'État et du droit que nous venons d'examiner. Cette évolution a été imagée à l'aide d'une métaphore de vagues établie par Mauro Cappelletti et Bryan Garth; les vagues représentant les étapes par lesquelles le mouvement de l'accès à la justice a évolué aux États-Unis. Elles doivent être regardées comme un effort continu pour garantir, développer et rendre effectifs les droits nouveaux créés lors de l'État providence. Ainsi, dans une description classique du mouvement d'accès à la justice, Cappelletti et Garth⁵⁹ ont défini ce qu'ils ont appelé les trois « vagues » de l'essor et de

Charte »]. L'auteure précise ce qui suit : « La notion d'intersubjectivité, lorsque posée en regard de la transformation du droit, s'inscrit dans une conception post-moderne du droit dans laquelle la centralité du sujet et la prise de conscience de son implication dans la connaissance de l'objet apparaissent comme l'une des caractéristiques fondamentales ». Voir : Carole Younes, « Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet », dans Étienne Le Roy et Carole Younes, *Médiation et diversité culturelle*, Paris, Éditions Karthala, 2002 à la p 52.

⁵⁶ Chevallier, « L'État post-moderne », *supra* note 43 aux pp 123-124.

⁵⁷ Lalonde, « Une nouvelle justice », *supra* note 46 à la p 11.

⁵⁸ Karim Benyekhlef, *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, 2e édition à la p 609 [Benyekhlef « Une possible histoire de la norme »]. Voir aussi : Jacques Chevallier, « La gouvernance et le droit » dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, 189 à la p 191.

⁵⁹ Cappelletti et Garth, « Introduction », *supra* note 38 à la p. 18. Voir aussi : Mauro Cappelletti et Bryant Garth, « Access to justice. The newest wave in the worldwide movement to make rights effective », (1978) *Buffalo Law Review* 27:2 181 aux pp 196 à 227 [Cappelletti et Garth, « Access to justice »]; Mauro Cappelletti et Bryant Garth, « A World Survey », dans Mauro Cappelletti et Bryant Garth, dir, *Access to*

l'évolution de l'accès à la justice. La première vague de l'accès à la justice, qui a fait son apparition au cours de l'après-guerre, correspond à l'aide juridique. La seconde vague correspond à la représentation des « intérêts diffus ». Afin de bien représenter les intérêts de groupes sous-représentés⁶⁰, cette vague amène à repenser les notions traditionnelles de la procédure civile et du rôle des tribunaux. Cela inclut les actions collectives et la défense de l'intérêt public, ainsi que l'apparition de centres d'intérêt public. La troisième vague, quant à elle, correspond à une conception plus élaborée de l'accès à la justice. Cette vague va au-delà de la défense des cas. Elle représente un plus vaste éventail de formules moins complexes et moins axées sur le principe de contradiction, ce qui inclut des changements des types de procédures, des changements de la structure des tribunaux ou la création de nouveaux types de tribunaux, le recours à des parajuristes et des modifications du droit matériel lui-même.⁶¹ L'étude de l'accès à la justice par Cappelletti et Garth semble donc présenter un double problème. Celui de l'accès aux tribunaux, mais aussi celui du système de justice dans son ensemble. L'idée étant de trouver les meilleurs moyens en vue de réaliser la justice.

Les problèmes que posait l'accès à la justice à l'époque de Cappelletti et Garth ont été étudiés à l'Institut universitaire européen de Florence dans divers projets de droit comparé menés sous la direction du professeur Mauro Cappelletti. Ces derniers ont abouti à la publication en 1978 et 1979 de quatre volumes⁶², sur la base desquels un colloque a été organisé en octobre 1979 réunissant une soixantaine d'experts, divers dans leur nationalité comme dans leur formation et leurs expériences (juges, professeurs, administrateurs et hommes politiques).

Justice, coll. «Florence Access to Justice Project», t. 1, vol. 1 et 2, Milan, Sijthoff and Noordhoff/Giuffrè, 1978 [Cappelletti et Garth, « A World Survey »].

⁶⁰ Exemples de groupes sous-représentés selon Cappelletti et Garth : « All people concerned with environmental degradation, with product safety, with consumer protection, whatever their class, are effectively excluded from key decisions affecting their interests. » dans Cappelletti et Garth, « Access to justice », *supra* note 59 à la p 219. Voir aussi : Mauro Cappelletti et John-Anthony Jolowicz, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milan/Dobbs Ferry, N.Y. Giuffrè/Oceana, 1975.

⁶¹ Cappelletti et Garth, « A World Survey », *supra* à la note 59 à la p 52.

⁶² Les volumes du Projet d'accès à la justice de Florence ont été publiés par Sijthoff et Giuffrè : Volume I. *Access to Justice: A World Survey* (Mauro Cappelletti et Bryant Garth, dir); Volume II. *Access to Justice: Studies of Promising Institutions* (Mauro Cappelletti et John Weisner, dir); Volume III. *Access to justice: Emerging Perspectives and Issues* (Mauro Cappelletti et Bryant Garth, dir) et Volume IV. *Patterns in Conflict Management: Essays in the Ethnography of Law. Access to Justice in an Anthropological Perspective* (Klaus-Friedrich Koch, dir).

Les chercheurs du « projet de Florence » s'interrogeaient à savoir comment faire pour que les personnes plus vulnérables soient en mesure de faire valoir en justice les droits qui leur sont reconnus. Le but ultime était d'arriver à des solutions qui permettent l'efficacité des droits nouveaux, évitant de rester à des déclarations de droits formelles. Alors qu'au début les discussions traitaient de l'accès à la justice comme de l'accès aux tribunaux, les chercheurs se sont penchés plus tard sur la question des moyens non-judiciaires de résolution des conflits. Déjà, on se demandait si le Tribunal était un moyen suffisant pour assurer le respect du droit et faire régner la justice. Marc Gallanter, professeur à l'Université du Wisconsin, soulignait que l'effort d'accès à la justice ne doit pas davantage tendre essentiellement à diriger les litiges vers des institutions officielles de justice, mais à accroître l'équité des relations et transactions.⁶³ Les chercheurs ont alors amené leur réflexion à un autre niveau en posant la question suivante : « Le danger n'existe-t-il pas que, privilégiant l'accès aux tribunaux, on oublie l'opportunité de donner aux associations un pouvoir de négociation et une influence dans l'élaboration des lois et règlements? »⁶⁴

Le discours sur l'accès à la justice a intéressé les chercheurs et continue de le faire. Trente ans après Cappelletti et Garth, le professeur Roderick A. Macdonald a retracé à son tour l'évolution de l'accès à la justice en y ajoutant deux vagues : l'une sur le droit préventif et l'autre sur l'accès proactif à la justice.⁶⁵ La typologie développée par le professeur Macdonald servira de cadre d'analyse et sera présentée dans le deuxième chapitre. Le contexte factuel venant d'être présenté démontre en quoi l'établissement d'un système de justice plus efficace est encore aujourd'hui une préoccupation importante. Cela semble aussi être le cas en matière de droits de la personne.

⁶³ Galanter, « La justice », *supra* note 42.

⁶⁴ André Tunc, « Le Colloque de Florence sur l'accès à la justice (14-18 octobre 1979) », (1979) 31:4 RIDC 836 à la p 837.

⁶⁵ Roderick A. Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada : étendue, envergure et ambitions » dans Julia Bass, William A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005, 23 aux pp 24 à 29 [Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui »].

1.1.2 Le contexte factuel de l'accès à la justice en matière de droits de la personne

1.1.2.1 La situation au Québec

Au Québec, le mouvement d'accès à la justice a aussi connu son essor pendant l'État providence. Le développement de l'État providence au Québec s'est fait avec l'avènement de la révolution tranquille qui, en matière d'accès à la justice, consistait alors à confier à l'État la responsabilité de garantir la protection des droits et la mise en place de programmes sociaux. L'accès à la justice a été pensé afin de favoriser l'idéal de justice dans la société québécoise et, plus spécifiquement, de la protection du droit à l'égalité qui devait permettre un meilleur accès. Pour ce faire, plusieurs lois à caractère social ont été adoptées⁶⁶, dont la *Charte des droits et libertés de la personne*⁶⁷. Afin de veiller à la promotion et à la protection des droits garantis par la *Charte*, la Commission des droits de la personne⁶⁸ est instituée en 1975.

Au cours des dernières années, l'accès à la justice a été au cœur de plusieurs débats importants au Québec, et ce, particulièrement en matière de droits de la personne. Alors que la Commission des droits de la personne a été créée afin de veiller à la promotion et à la protection des droits garantis par la *Charte*, force a été de constater que les mécanismes mis en place afin d'assurer un meilleur accès à la justice n'ont pas produit les résultats escomptés.

En effet, en 1987, la Commission des institutions⁶⁹ a reçu le mandat d'examiner les orientations, les activités et la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec. Plus précisément, il a été question de faire le point et de réévaluer le mandat et le rôle de la Commission des droits de la personne. Plusieurs problèmes⁷⁰ ont été identifiés

⁶⁶ La Loi sur l'aide juridique (1972), la Loi sur l'assurance-maladie (1970), la Loi sur l'indemnisation des victimes d'actes criminels (1971), la Loi sur la protection du consommateur (1978).

⁶⁷ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c. C-12 [*Charte*].

⁶⁸ En 1995, elle devient la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse [la « Commission »].

⁶⁹ La Commission des institutions est une commission permanente de l'Assemblée nationale qui, en vertu de l'article 294 du Règlement de l'Assemblée nationale, doit examiner annuellement au moins un organisme public relevant de son champ de compétence. Les membres de la commission, le 17 juin 1986, ont choisi à l'unanimité la Commission des droits de la personne comme organisme à étudier pour l'année 1987.

⁷⁰ À titre d'exemple, le conflit entre les différents mandats de la Commission, le caractère non exécutoire de ses décisions, la procédure de recevabilité des plaintes et la procédure d'enquête représentaient des

lors de l'examen de cette institution, dont le plus important concernait les délais d'enquête. Le temps entre le dépôt d'une plainte et la décision de la Commission était évalué entre un an et demi et deux ans.⁷¹ Ces longs délais avaient pour effet de décourager les plaignants qui acceptaient ainsi des règlements peu avantageux ou les poussaient même à se désister. Une autre difficulté soulevée par la Commission des institutions consistait au fait que les juges de cour ordinaire sont moins bien informés de la réalité de certains milieux que les membres d'un tribunal spécialisé des droits de la personne.⁷²

Afin de remédier à cette situation, la Commission des institutions propose dans son rapport final de modifier la *Charte* et d'instaurer un tribunal spécialisé des droits de la personne. Cette solution offre les avantages suivants : un tribunal accessible avec une procédure souple et un processus rapide et composé de membres sensibilisés aux questions de discrimination et d'exploitation. Cette recommandation a été retenue et le Tribunal des droits de la personne du Québec est créé le 10 décembre 1990. Ce faisant, le législateur québécois visait notamment une plus grande accessibilité à la justice et plus d'efficacité dans le processus d'adjudication :

[C]e projet de loi facilitera grandement l'accès à la justice pour les citoyens et les citoyennes québécois en ce qui regarde la pierre d'assise de notre démocratie, c'est-à-dire le respect de nos droits et de nos libertés.⁷³

Cependant, alors que le Tribunal a été instauré afin de permettre un meilleur accès à la justice, l'accessibilité à ce dernier a été réduite de façon significative au cours des dernières années.⁷⁴ En effet, la compétence du Tribunal a été restreinte à plusieurs reprises par les tribunaux, notamment dans l'arrêt *Ménard c. Rivet*⁷⁵ alors que la Cour d'appel du Québec a limité la possibilité de la saisine individuelle. La Cour suprême du

sources d'insatisfaction identifiées par les organismes ayant déposé un mémoire devant la commission parlementaire.

⁷¹ Commission permanente des institutions, *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec. Rapport final*, Québec, 14 juin 1988, à la p 37.

⁷² *Ibid* à la p 53.

⁷³ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 33^e législ., 2^e sess, vol. 30, n^o 119 (31 mai 1989 à la p 6118 (Gil Rémillard).

⁷⁴ Voir de manière générale : Anne-Marie Santorineos, « L'accès à la justice en matière de droits de la personne: le difficile accès au Tribunal des droits de la personne » (2012) 42:1-2 R.D.U.S. 49.

⁷⁵ *Ménard c. Rivet*, *supra* note 33.

Canada a réaffirmé la pertinence de cette conception restrictive de la compétence du Tribunal des droits de la personne dans l'arrêt *Saguenay*⁷⁶.

L'arrêt *Ménard c. Rivet* traite du cas d'une personne qui s'est adressée seule au Tribunal après avoir vu sa plainte rejetée par la Commission. Après l'enquête, la Commission avait fermé le dossier sans intenter d'action au Tribunal au nom de la plaignante citant « l'absence de preuve d'un lien entre la discrimination alléguée et le refus d'accorder un poste [à la plaignante]⁷⁷ ». À la suite de la décision de la Commission de ne pas porter le dossier devant le Tribunal au nom de la plaignante, cette dernière saisit elle-même le Tribunal. C'est alors que les défendeurs-requérants présentent une requête en exception déclinatoire *ratione materiae* alléguant que le Tribunal est sans compétence pour entendre cette demande. La compétence du Tribunal en ce qui a trait à la saisine individuelle d'un plaignant se retrouve à l'article 84 de la *Charte* qui se lit comme suit :

Lorsque, à la suite du dépôt d'une plainte, la Commission exerce sa discrétion de ne pas saisir un tribunal, au bénéfice d'une personne, de l'un des recours prévus aux articles 80 à 82, elle le notifie au plaignant en lui en donnant les motifs.

Dans un délai de 90 jours de la réception de cette notification, le plaignant peut, à ses frais, saisir le Tribunal des droits de la personne de ce recours, pour l'exercice duquel il est substitué de plein droit à la Commission avec les mêmes effets que si celle-ci l'avait exercé.⁷⁸

Le Tribunal a jugé qu'il avait compétence pour entendre la demande. Par contre, la Cour d'appel a été d'avis contraire et n'a pas reconnu la compétence du Tribunal pour entendre celle-ci. Écrivant au nom de ses collègues les juges Baudouin et Brossard, le juge LeBel alors à la Cour d'appel du Québec explique : « Avec égards pour l'opinion contraire, le Tribunal a donné une extension indue à sa compétence d'attribution en concluant à son droit de se saisir d'une plainte écartée pour cause d'insuffisance de preuve par la Commission. Ce faisant, il a modifié fondamentalement les mécanismes de gestion et de traitement des plaintes en vertu de la *Charte*. »⁷⁹ La Cour estime que ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'une personne, plutôt que la Commission, peut intenter un recours devant

⁷⁶ *Saguenay*, *supra* note 34.

⁷⁷ *Ménard c. Rivet*, *supra* note 33, à la p 2111.

⁷⁸ *Charte*, *supra* note 67 à l'article 84.

⁷⁹ *Ménard c. Rivet*, *supra* note 33 à la p 2119.

le Tribunal. Ainsi, ce n'est que dans les cas où, après enquête, la Commission estime que la plainte est fondée, c'est-à-dire qu'elle considère qu'il y a suffisance de preuve de discrimination, mais décide de ne point saisir le Tribunal, que la personne concernée, avisée en conséquence, peut le faire elle-même.

L'arrêt *Saguenay* rendu par la Cour suprême du Canada reprend ce mécanisme. Dans cette affaire, le plaignant réclamait à la fois la cessation de la prière avant le début des séances publiques du conseil municipal et le retrait de tout symbole religieux des salles de délibérations. La Commission a toutefois décidé de limiter son enquête au seul caractère discriminatoire de la prière au regard des art. 3 et 10 de la *Charte*. Dans son exposé factuel, elle indique clairement son refus de faire enquête sur les symboles religieux. Elle juge que la preuve est suffisante pour soumettre le litige au Tribunal des droits de la personne, mais ne le fait pas elle-même expliquant que le Tribunal a récemment tranché une affaire similaire⁸⁰ et parce qu'elle estime qu'il est à même de faire valoir seul ses droits individuels.⁸¹ Malgré cela, le Tribunal décide de saisir de la question des symboles religieux au motif que la Commission a omis de motiver sa décision de ne pas enquêter sur cet aspect de la plainte. Il en conclut que la Commission n'a pas dûment « refusé d'agir » à l'égard des symboles au sens de cette disposition. Il fait appel aux impératifs d'accès à la justice et de proportionnalité pour justifier sa décision de se saisir de la question (par. 22), alors que rien dans sa loi habilitante ne lui permet de les invoquer pour élargir sa compétence. La Cour d'appel du Québec a conclu que, en l'absence d'enquête de la Commission sur le sujet, le Tribunal ne pouvait se prononcer sur la question des signes religieux.⁸² La Cour suprême du Canada a confirmé cette décision estimant que : « [l]e Tribunal ne pouvait étendre sa compétence aux questions touchant le caractère discriminatoire des symboles religieux » et que de « [c]onclure autrement réduirait indûment la fonction de gestion et de filtrage des plaintes de la Commission »⁸³. La Cour poursuit en précisant qu'en matière de discrimination, la compétence du Tribunal est tributaire de l'existence d'une enquête préalable menée par la

⁸⁰ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de)*, [2006] RJQ 2529.

⁸¹ *Saguenay*, *supra* note 34 au para 10.

⁸² *Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois*, [2013] RJQ 897.

⁸³ *Saguenay*, *supra* note 34 au para 60; *Ménard c. Rivet*, *supra* note 33 à la p 2120.

Commission et que dans le cas qui nous intéresse ici sur les symboles religieux contestés, il n'y en a tout simplement pas eu.⁸⁴

Afin d'appuyer ses propos, le juge Gascon reprend en ces termes le mécanisme établi dans *Ménard c. Rivet* en ce qui concerne la compétence du Tribunal :

« J'en retiens deux caractéristiques d'importance. Premièrement, en matière de discrimination, n'a pas accès au Tribunal quiconque se croit lésé dans ses droits fondamentaux. Règle générale, sauf la substitution prévue à l'art. 84 al. 2, seule la Commission est autorisée à saisir le Tribunal d'une affaire (art. 80 à 82). Deuxièmement, lorsqu'un plaignant est autorisé à se présenter lui-même devant le Tribunal, la portée de son recours est limitée par le travail effectué jusque-là par la Commission. La compétence du Tribunal est circonscrite par ce travail préalable. Dans les affaires de discrimination, le recours devant le Tribunal se veut le prolongement de l'enquête menée par la Commission à la suite du dépôt d'une plainte. »⁸⁵

Il poursuit en indiquant que les plaignants conservent le droit d'intenter un recours devant les tribunaux de droit commun pour obtenir les réparations qui échappent à la compétence du Tribunal à ce chapitre.⁸⁶

La même interprétation restrictive de l'article 84 de la *Charte* a été exprimée après l'arrêt *Ménard c. Rivet* à quelques reprises par la Cour d'appel du Québec notamment dans l'arrêt *Centre hospitalier St-Joseph de La Malbaie c. Dufour*⁸⁷ :

Cette décision de la Commission des droits de la personne reste essentiellement une décision de procédure administrative, dont l'effet principal est de déterminer les cas de saisine du Tribunal des droits de la personne, sans qu'elle implique d'adjudication au sens judiciaire. Par ailleurs, elle laisse toute liberté aux intéressés de se pourvoir devant les tribunaux de droit commun. Elle signifie que lorsque la Commission a rejeté la plainte et décidé de ne pas saisir le Tribunal selon l'article 78 de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne, la voie judiciaire spécialisée qu'est le recours au Tribunal est fermée, comme l'a conclu l'arrêt *Ménard*, sans préjuger de l'issue d'un débat devant les tribunaux de droit commun. Dans ce contexte, l'invalidité de la saisine du Tribunal des droits de la

⁸⁴ *Ibid*, *Saguenay*.

⁸⁵ *Ibid* au para 57.

⁸⁶ *Ibid* au para 61.

⁸⁷ *Centre hospitalier St-Joseph de La Malbaie c. Dufour*, 1998, REJB 1998-08817 (permission d'appeler refusée par la Cour suprême du Canada, le 14 octobre 1999). Voir aussi : *Procureur général du Québec c. Lambert*, [2002] RJQ 509 (CA) aux para 32-33; *Collège François-Xavier Garneau c. Québec (Tribunal des droits de la personne)*, 2004 CanLII 28722 (QC CA).

personne implique qu'il a rendu sa décision sans compétence d'attribution sur la matière et que celle-ci doit être cassée.⁸⁸

Dans cette affaire, la Commission avait, après enquête, rejeté la plainte comme non fondée, puisqu'elle estimait qu'il n'y avait pas eu de discrimination et que la politique adoptée par le Centre hospitalier était justifiée dans les circonstances. En conséquence, elle avait décidé de ne pas porter l'affaire devant le Tribunal des droits de la personne. Les plaignantes avaient alors saisi le Tribunal directement, puisqu'elles croyaient pouvoir exercer le droit de substitution prévu à l'article 84 de la *Charte*. Malgré le fait que la Commission avait cessé d'agir pour un motif autre que la frivolité de la plainte (art. 77 de la *Charte*) ou l'insuffisance de preuve (art. 78 de la *Charte*), prescriptions énoncées dans l'arrêt *Ménard c. Rivet*, la Cour d'appel jugea que la décision de la Commission de fermer le dossier privait par conséquent le Tribunal de toute compétence en regard de la saisine individuelle du plaignant.

Les conséquences de ces décisions se sont avérées énormes quant à la compétence du Tribunal. Jusqu'en juillet 1997, tout près de la moitié (soit 56 sur 124) des demandes déposées devant le Tribunal des droits de la personne provenaient de la victime elle-même, suite à un refus d'agir de la part de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse. Dans plusieurs cas, soit un peu plus de 20% en ce qui concerne les plaintes de discrimination au travail, le Tribunal, malgré la décision défavorable de la Commission, a donné raison au plaignant.⁸⁹ Cette situation illustre qu'un refus d'agir de la Commission n'équivaut pas nécessairement au rejet d'une demande au fond. La chose n'est plus possible depuis la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Ménard c. Rivet*. Depuis cet arrêt, la possibilité pour un plaignant de se présenter seul devant le Tribunal est quasi inexistante. Ainsi, le Tribunal ne peut plus, sauf en de très rares exceptions, exercer une partie de la compétence que la *Charte* lui octroie pour entendre des recours intentés par des individus pour lesquels la Commission a exercé sa discrétion en décidant de ne pas saisir un tribunal à leur bénéfice.⁹⁰ L'interprétation préconisée par

⁸⁸ *Ibid*, *Centre hospitalier St-Joseph de La Malbaie c. Dufour* aux pp 6-7.

⁸⁹ Coutu, « Le Tribunal des droits de la personne », *supra* note 32 à la p 114.

⁹⁰ Même lorsqu'elle juge la plainte fondée, l'art. 84 accorde à la Commission la discrétion de ne pas intenter de recours. Dans cette éventualité, le plaignant peut exceptionnellement saisir lui-même à ses frais

la Cour d'appel empêche la reconnaissance d'un droit reconnu comme fondamental dans notre société, celui de l'accès à la justice.⁹¹

À la suite de cette décision, le Comité des droits de l'Homme des Nations Unies, préoccupé par l'accès limité au Tribunal, a exprimé ses inquiétudes au sujet de l'accès à la justice en matière de droit à l'égalité au Canada.⁹² Ce même comité a réitéré ses préoccupations en 2006 et a recommandé que les mesures nécessaires soient prises par les gouvernements au sein du Canada afin d'assurer le plein accès des individus à un tribunal compétent en matière de discrimination⁹³. Ainsi, paradoxalement, alors que l'accès à la justice avait au départ été fondé sur l'idéal d'égalité, le domaine du droit à l'égalité n'a pas échappé à ce problème de l'accès à la justice.

1.1.1.2 La situation ailleurs au Canada

Le Québec n'est pas la seule province à éprouver des difficultés en matière d'accès à la justice. Récemment, la Colombie-Britannique, le Nunavut et l'Ontario ont effectué des

le Tribunal et exercer le recours qu'aurait pu exercer la Commission. À cette fin, le plaignant est alors substitué de plein droit à la Commission (art. 84 al. 2).

⁹¹ L'article 6 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* entrée en vigueur le 4 novembre 1950, prévoit que « (t)oute personne a le droit à ce que sa cause soit entendue par un tribunal ». L'accès à la justice a aussi été reconnu au Canada comme un droit fondamental par la jurisprudence. Il a même été reconnu comme un droit constitutionnel en vertu notamment du principe de la primauté du droit, du droit à l'égalité, du droit à un procès équitable et du droit à l'assistance d'un avocat. Voir notamment : *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 RTNU 221 [*Convention européenne*]; *British Columbia Gouvernement Employees' Union c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 214 [*B.C.G.E.U.*]; *R. v. Rowbotham*, [1998], 41 CCC (3d) 1 (C.A. Ont.) [*Rowbotham*]; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 RCS 46 [*Nouveau-Brunswick*]; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, [2007] 1 RCS 873 [*Christie*].

⁹² Doc. Off. Comité des droits de l'homme, 65^e session, 1737^e et 1738^e séances, Doc. NU CCPR/C/103/Add.5, 7 avril 1999, art. 9. « Le Comité s'inquiète de l'insuffisance des recours en cas de violation des articles 2, 3 et 26 du Pacte. Il recommande que la législation relative aux droits de l'homme soit amendée afin de garantir à tous les plaignants en matière de discrimination l'accès à la justice et à des recours utiles. »

⁹³ Doc. Off. Comité des droits de l'homme, 85^e session, 2311^e et 2312^e séances, Doc. NU CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006, art. 11. « Le Comité regrette que les préoccupations qu'il avait exprimées précédemment au sujet de l'insuffisance des recours ouverts en cas de violation des articles 2, 3 et 26 du Pacte n'aient pas été prises en considération. Il est préoccupé par le fait que les commissions des droits de la personne ont toujours la faculté de refuser qu'il soit statué sur des recours formés en matière de droits de l'homme et par le fait que l'aide juridictionnelle permettant d'accéder aux tribunaux n'est pas toujours disponible. L'État partie devrait s'employer à faire modifier les dispositions législatives pertinentes sur les droits de la personne, aux niveaux fédéral, provincial et territorial, et à renforcer son système juridique afin que toutes les victimes de discrimination aient pleinement et effectivement accès à un tribunal compétent et à un recours utile. »

changements législatifs importants modifiant du coup leur système de promotion et de protection des droits de la personne.

Le 31 mars 2003, par le biais d'une importante réforme législative, le gouvernement de la Colombie-Britannique a éliminé la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique (ci-après « Commission C.-B. ») laissant comme seul corps responsable de la protection des droits de la personne le Tribunal des droits de la personne (ci-après « Tribunal C.-B. ») de cette province. Avant ces changements législatifs, trois organes étaient responsables de la promotion et de la protection des droits de la personne : la Commission C.-B., le Tribunal C.-B. et le Conseil consultatif des droits de la personne.

La réforme du système de promotion et de protection des droits de la personne de la Colombie-Britannique a été provoquée notamment par les longs délais d'attente entre le dépôt d'une plainte et la décision éventuelle sur la validité de celle-ci, les relations internes complexes de la Commission C.-B., la durée, la complexité et les coûts associés à certaines des procédures du Tribunal, la pertinence du Tribunal comme forum pour l'examen des cas constitutionnels et le filtrage excessif de la Commission C.-B.⁹⁴

Les plaintes sont désormais directement déposées au Tribunal C.-B.⁹⁵ qui est responsable de tous les aspects du traitement des dossiers. Le processus est celui d'un tribunal classique avec un mode contradictoire et une gestion de l'instance pour les causes complexes. Le Tribunal concentre une partie importante de ses ressources sur la médiation. Par ailleurs, le gouvernement a mis sur pied une Clinique des droits de la personne pour représenter les plaignants qui ont un dossier méritant une attention particulière. Le gouvernement a aussi fondé un service séparé d'aide juridique pour les plaignants à faible revenu.

Tout comme son homologue de la Colombie-Britannique, le régime de protection des droits de la personne du Nunavut est basé sur un modèle d'accès direct et n'est pas doté

⁹⁴ Heather M. MacNaughton, « Direct Access : The B.C. Experience » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 169 aux pp 188-189.

⁹⁵ <http://www.bchrt.bc.ca>.

de commission. Ainsi, les plaintes sont déposées directement au Tribunal des droits de la personne du Nunavut sans aucune procédure de filtrage ou d'enquête préalable par une commission.

Par ailleurs, l'expérience ontarienne est assez différente de celle de la Colombie-Britannique et du Nunavut. Cette province a également mise en place une réforme donnant un accès direct au Tribunal des droits de la personne (ci-après « Tribunal ON. ») tout en préservant, cependant, la Commission des droits de la personne (Commission ON.) de cette province.

En 1992, l'avocate torontoise Mary Cornish s'est vue confier le mandat de mener un groupe de travail pour évaluer les besoins et les possibilités d'une restructuration majeure du système de protection des droits de la personne de l'Ontario. Le Projet de loi 107, ayant mené à l'amendement du Code ontarien en 2006, correspond en plusieurs points aux recommandations du Rapport Cornish. En effet, le Projet de loi 107 propose, tout comme le faisait le Rapport Cornish, de permettre un accès direct à un tribunal des droits de la personne, de redéfinir la mission de la Commission et de mettre sur pied une agence de services juridiques aux citoyens.⁹⁶

La réforme en Ontario a été provoquée en partie pour combattre de longs délais d'attente, le manque de transparence, le dédoublement entre la Commission et le Tribunal, les rôles conflictuels de la Commission et l'expertise insuffisante des membres de la Commission et du Tribunal.⁹⁷

La nouvelle structure est la suivante. Les fonctions d'enquête, de médiation et de gestion des plaintes sont retirées en partie à la Commission ON., son mandat principal consistant désormais à veiller à la promotion des droits de la personne. Ainsi, l'éducation publique et l'information représentent maintenant les fonctions de premier plan de la Commission

⁹⁶ Ontario, Ministère du Procureur général, Document d'information : L'Ontario adopte la Loi modifiant le Code des droits de la personne, 5 décembre 2006, en ligne : <http://news.ontario.ca/archive/fr/2006/12/05/L039Ontario-adopte-la-Loi-modifiant-le-Code-des-droits-de-la-personne.html>.

⁹⁷ Juliet S. Robin, « Modernising Ontario's Human Rights System : The *Human Rights Code Amendment Act, 2006* » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008, 321 aux pp 326-327.

ainsi que son pouvoir d'intervenir devant le Tribunal ON. dans des cas de discrimination systémique. La Commission est aussi habilitée à faire des enquêtes sur des affaires si elle estime que c'est dans l'intérêt du public de le faire. Elle a aussi le droit d'intervenir dans n'importe quelle requête présentée au Tribunal. Le Projet de loi 107 contient quelques dispositions législatives intéressantes au regard du rôle de la Commission dans l'élaboration de politiques.⁹⁸ De son côté, le Tribunal a la juridiction exclusive sur les plaintes en matière de droits de la personne. De manière générale, ses décisions sont finales et la déférence des tribunaux supérieurs à son égard est élevée. Le choix des membres du Tribunal est fait en fonction de critères stricts démontrant leur expertise en matière de droits de la personne. Par ailleurs, un nouvel organisme, le Centre d'assistance juridique, fournit aux plaignants des conseils et des informations sur leurs droits et sur le processus à suivre pour les faire respecter. Ce Centre assiste les requérants du début à la fin du processus, y compris à l'étape de l'exécution des ordonnances du Tribunal.⁹⁹

Face à ces changements, la question de savoir si de telles réformes doivent être envisagées au Québec semble avoir intéressé la doctrine. Plus précisément, plusieurs auteurs se sont demandés si l'accès direct au Tribunal des droits de la personne était nécessaire afin de permettre un accès réel et efficace aux citoyens en matière de droit à l'égalité?¹⁰⁰ La question est d'autant plus pertinente en ce que les difficultés constatées dans les systèmes de protection des droits de la personne des autres provinces ressemblent à celles observées au Québec.

⁹⁸ Pearl Eliadis, « Human Rights Tribunals and Direct Access to Adjudication : A New Generation of Human Rights Protection? » dans *Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 205 à la p 225 [Eliadis, « Human Rights Tribunals »].

⁹⁹ *Code des droits de la personne*, L.R.O. 1990, c. H-19, art. 45.13 (1).

¹⁰⁰ Eliadis, « Human Rights Tribunals », *supra* note 98; Pierre Grenier, « Pour une meilleure justice sociale : un accès direct au Tribunal des droits de la personne et une Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse privilégiant ses fonctions de promotion et d'éducation ainsi que la représentation des groupes » dans *Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 487 [Grenier, « Pour une meilleure justice sociale »]; Diane L. Demers, « Les tribunaux des droits de la personne : quel rôle et quelle place 'leur' réserve-t-on? » dans *Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, 175 [Demers, « Les tribunaux des droits de la personne »].

Cette question d'accès à la justice en matière de droits de la personne a fait couler beaucoup d'encre au Québec. La recherche a généralement envisagé l'accès à la justice dans son sens premier soit comme l'accès aux tribunaux, les auteurs cherchant dans la réforme des institutions une solution aux problèmes d'accès à la justice. Certains proposent l'accès direct au Tribunal des droits de la personne¹⁰¹, d'autres d'élargir le mandat des institutions afin que la Commission et le Tribunal aient compétence sur tous les droits protégés par la *Charte* et non seulement ceux rattachés à la discrimination ou à l'exploitation de personnes âgées¹⁰². À l'inverse, d'autres sont hésitants à considérer que l'accès direct au Tribunal réglerait réellement le problème d'accès à la justice en matière de droits de la personne¹⁰³. Quoi qu'il en soit, la question de l'accès à la justice en matière de droits de la personne est généralement envisagée comme celle de l'accès aux tribunaux. Ainsi, peu d'auteurs ne se limitent pas à cette représentation institutionnelle et judiciaire de l'accès à la justice, et considèrent que l'accès à la justice peut être favorisé par d'autres mécanismes, tel que la médiation.¹⁰⁴

1.2 Le contexte théorique de l'accès à la justice

Le discours sur l'accès à la justice a intéressé les chercheurs et continue de le faire. Il semble que l'établissement d'un système de justice plus efficace est encore aujourd'hui une préoccupation importante. Aussi, les cours de justice ont eu à se pencher sur cette notion d'accès à la justice, plus particulièrement les cours constitutionnelles. Quelle est la nature de l'accès à la justice ? Est-ce un droit fondamental ? Voilà le genre de questions

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Voir notamment : Coutu, « Le Tribunal des droits de la personne », *supra* note 32; Christian Brunelle, « Pour une restructuration de la Charte québécoise? » dans Mélanges Jacques-Yvan Morin, Hors-série juin 2015 Revue québécoise de droit international 199 [Brunelle, « Pour une restructuration »].

¹⁰³ Pierre Bosset, « La place des institutions publiques dans la mise en œuvre des droits et libertés au Québec : barrières, filtres ou passerelles? » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 343. [Bosset, « La place des institutions publiques »]; John Dwyer, « Role and Responsibilities in Implement HR: Similarities and Differences in Approaches to Access to Justice » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 277. [Dwyer, « Role and Responsibilities »].

¹⁰⁴ Diane Veilleux, « Quelle justice la médiation institutionnelle en matière de droits de la personne est-elle en mesure de mettre en place? » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 421 [Veilleux, « Quelle justice la médiation institutionnelle »]; Louise Lalonde, « L'application de la Charte » *supra* note 54.

auxquelles les juges ont été confrontés. La prochaine section présentera différentes conceptions de l'accès à la justice telles que décrites dans la littérature. Tout d'abord, il nous apparaît important d'étudier la notion de justice avant celle de l'accès à la justice afin de bien cerner les différentes conceptions attribuées par la littérature à ce concept intrinsèque de l'accès à la justice. Ensuite, il sera question de l'accès à la justice dans la doctrine et dans la jurisprudence.

1.2.1 La justice avant l'accès

De manière générale, l'accès à la justice est entendu comme l'accès aux tribunaux. Suivant ce sens, l'accès à la justice représente un « courant de pensée s'interrogeant sur les conditions de passage d'un état formel à un état réel du droit de voir sa cause entendue par les cours et les tribunaux »¹⁰⁵. Dans ce sens, « l'accès à la justice sert à préciser deux buts fondamentaux du système judiciaire : les tribunaux doivent être accessibles à tous et ils doivent donner des résultats qui soient individuellement et socialement justes. »¹⁰⁶ Mais que représentent des résultats socialement justes? Derrière cette conception de l'accès à la justice se trouve donc la notion de justice. Comme le note Macdonald, le concept d'accessibilité à la justice est nécessairement lié au concept même de la justice. Pour ce dernier, la justice précède l'accès.¹⁰⁷ Il semble donc opportun d'examiner la notion de justice afin de pouvoir mieux saisir les différents sens que peut prendre l'accès à la justice. Dans le même ordre d'idées, la juge Marie Deschamps souligne ce qui suit :

On a tendance à oublier que l'accès à la justice comporte deux segments : l'un est l'accès, l'autre est la justice. C'est sûr que le volet « accès » est plus facilement mesurable, et les progrès dans ce domaine sont considérables — certains pourraient même dire que la justice n'a jamais été aussi accessible. Est-ce au détriment de la justice elle-même ? On devrait peut-être se poser

¹⁰⁵ Éric Balate, s.v. « accès à la justice » dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André-Jean Arnaud et Jean-Guy Belley, dir, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993 à la p 331 [Balate, « accès à la justice »].

¹⁰⁶ Lafond, « L'accès », *supra* note 16 à la p 14 ; Cappelletti et Garth, « Access to Justice », *supra* note 59 à la p 182.

¹⁰⁷ Roderick A. Macdonald, « La justice avant l'accès », dans *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000 à la p 50 [Macdonald, « La justice »].

des questions sur ce qu'est cette justice vers laquelle tant de monde court. Que veut-on dire par justice, qu'est-ce que cela implique ?¹⁰⁸

Selon les auteurs, la justice peut être définie en adoptant différentes approches. Cette notion a intéressé différentes disciplines qu'il suffise de penser au droit et à la philosophie politique¹⁰⁹. Pour les fins de la présente étude, nous nous intéresserons à la notion de la justice comme institution du droit; les principes de morale politique représentant un immense débat dans lequel il ne saurait s'agir d'entrer pour l'analyse des discours juridiques sur l'accès à la justice. En effet, tel que nous le verrons plus loin, il ressort de la littérature que les juristes s'étant intéressés à la question de l'accès à la justice entretiennent généralement une conception institutionnelle de la justice. Suivant ce sens, nous verrons que la conception de la justice se rapproche très souvent du droit. Aussi, l'idée de justice semble étroitement liée au concept d'égalité. Enfin, elle peut être comprise dans un sens plus large qui prend en considération les besoins des citoyens.

1.2.1.1 La justice et le droit

Pour la plupart des juristes, la justice se rapproche du droit et se trouverait dans la loi. Ainsi, dans son sens juridique la justice ne serait rien de plus que la conformité à une loi obligatoire. Tel que le souligne la professeure Lalonde, « la justice est alors définie dans son acception «de lieu rendant la justice», de système de justice, au sens courant de porter un différend «devant la justice», pour ne pas dire la cour, donc devant une instance réglant le différend ».¹¹⁰ Suivant ce sens, l'on suppose qu'il sera possible d'avoir accès à la connaissance des règles de droit et de les faire appliquer.¹¹¹

En arrière-plan de cette conception de la justice se trouve l'idée que certains conflits ne peuvent se régler hors de l'arène judiciaire et exigent qu'un juge dise le droit. Tel que le

¹⁰⁸ Marie Deschamps, « L'accès à la justice, l'affaire de chacun », (2009) 50 C de D 247 aux pp 247-248 [Deschamps, « L'accès à la justice »].

¹⁰⁹ Voir notamment : John Rawls qui utilise le concept d'équité pour expliquer celui de la justice. Rawls affirme que « the fundamental idea in the concept of justice is fairness » dans John Rawls, « Justice as Fairness », (1958) 67:2 The Philosophical Review 164 à la p 164. Voir aussi : John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971, 560; John Rawls, « Justice as Fairness: Political not Metaphysical », (1985) 14:3 Philosophy and Public Affairs 223 aux pp 227-228; John Rawls, *La justice comme équité : Une reformulation de Théorie de la justice*, Paris, La Découverte, 2008.

¹¹⁰ Lalonde, « Les modes de PRD », *supra* note 47 à la p 27.

¹¹¹ Louis LeBel, « L'accès à la justice : une prise de conscience nécessaire de la nature d'un problème » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives. Les journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010 135 à la p 137.

souligne le juge LeBel, « [i]l est des droits qui ne se développent que si la justice les reconnaît »¹¹². Dans le même ordre d'idées, l'avocat Alan Lenczner, explique qu'il « est très nuisible à l'avancement du droit que les litiges civils les plus substantiels et les plus complexes s'en aillent en arbitrage, comme c'est le cas actuellement. Notre droit jurisprudentiel se construit graduellement, au fur et à mesure que les juges statuent méthodiquement et avec précision sur les affaires dont ils sont saisis »¹¹³. Suivant cette conception de la justice, l'arbitrage ne permettrait pas d'atteindre l'idéal de justice puisqu'il représenterait un frein au développement du droit.

1.2.1.2 La justice et le concept d'égalité

Pour plusieurs auteurs, l'égalité représente un élément essentiel de la justice. Ainsi, afin de s'assurer de l'égalité de tous devant la loi, il faut nécessairement une plus grande accessibilité à la justice. Dans son célèbre ouvrage *A Theory of Justice*, John Rawls met l'accent d'ailleurs sur l'égalité de l'accès à la justice.¹¹⁴ Selon le juge LeBel, la question de l'accès à la justice est étroitement liée au droit à l'égalité notamment parce qu'elle s'intéresse au problème d'effectivité des droits. En arrière-plan de cette conception de l'accès à la justice se trouve donc l'idée que tous les citoyens puissent avoir un accès égal aux institutions qui sont chargées d'appliquer la loi et de rendre des sanctions. Le professeur Noreau souligne à ce sujet que : « [...] le recours aux tribunaux en vue de faire valoir un droit ou de s'opposer à la prétention d'un tiers n'a de sens que dans la mesure où on offre à chacun la possibilité concrète de faire appel aux tribunaux, de s'y faire représenter ou d'y faire valoir ses prétentions. Ici, l'idée souvent réaffirmée que tous sont égaux devant la loi ne peut faire illusion. L'égalité juridique implique un véritable *accès à la justice* »¹¹⁵. Comme le note le juge LeBel, « l'accès à la justice contribue alors non seulement à définir le droit, mais aussi à le transposer de l'idéal au réel, du symbolique au concret »¹¹⁶. Dans un esprit d'effectivité des droits, la juge Marie Deschamps considère

¹¹² *Ibid* à la p 142.

¹¹³ Alan Lenczner, « Crise dans l'accès à la justice: le temps n'est plus aux réformettes », (2010-2011) 12 RCLF 337 à la p 344.

¹¹⁴ John Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971, 560 aux pp 504-512.

¹¹⁵ Noreau, « Accès à la justice et démocratie en panne », *supra* note 4 à la p 15 (italiques dans l'original).

¹¹⁶ Louis LeBel, *L'Accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle*, dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 2008, 27 à la p 34.

l'idée de justice, non comme un faisceau de droits, mais comme un amalgame de responsabilités, plus précisément celle « de penser moins en termes de droits et de litiges, et plus en termes de solutions pour régler les problèmes. Non pas que les droits seraient bafoués, mais ce qui deviendrait tout aussi important serait la responsabilité partagée pour trouver des solutions de rechange durables »¹¹⁷. Par ailleurs, le professeur Farrow note que « [t]he underlying point here, in a nutshell, is that treatment as equals does not always mean equal treatment ». Afin d'arriver à son plein potentiel, le concept d'égalité comme élément essentiel de la justice doit permettre de « understanding the lived experiences of those who use—and who are sometimes subjected to—the justice system will often require a deliberate examination of the specific needs and differences between people and their lived experiences in order to treat those people as equals »¹¹⁸. Cette manière de concevoir la justice s'apparente à une justice plus citoyenne où les acteurs participent à la réflexion.

1.2.1.3 La justice et le citoyen

Pour d'autres, « la justice n'est pas que le lieu du règlement des conflits, elle porte aussi un sens de justice qui peut être appréhendé par une conjonction des normativités qui intègre les valeurs, les idéaux, les intérêts et les besoins des citoyennes et des citoyens ».¹¹⁹ Selon la juge Deschamps, « [l]a justice n'est pas nécessairement synonyme d'adjudication ou du tout ou rien des conclusions d'un jugement »¹²⁰. Elle poursuit en précisant : « [s]i nous voulons être justes, nous devons prendre une habitude de discuter la justice et trouver des moyens d'assumer notre responsabilité collective par une plus grande collaboration. La justice n'est pas l'apanage des juges et des avocats, mais l'affaire de chacun »¹²¹. Tel que le souligne le professeur Trevor C. W., « the public's everyday assumptions and experiences must become more important in the context of how we think about justice and justice reform in this country. »¹²² Il poursuit en affirmant

¹¹⁷ Deschamps, « L'accès à la justice », *supra* note 108 à la p 252.

¹¹⁸ Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 à la p 980.

¹¹⁹ Lalonde, « Les modes de PRD », *supra* note 47 à la p 19.

¹²⁰ Deschamps, « L'accès à la justice », *supra* note 108 à la p 251.

¹²¹ *Ibid* aux pp 257-258.

¹²² Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 à la p 966. Voir aussi : Patricia Ewick et Susan S Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.

ce qui suit : [j]ustice is not simply a passive concept, but rather should somehow reflect and engage, in a deliberative sense, those who it is meant to serve [...] ».¹²³ Suivant ce sens, la justice représente ce qui paraît juste aux yeux des citoyens et non seulement à ceux qui administrent la justice. Tel que le mentionne la juge Deschamps, « [n]ous avons besoin d'un droit qui réponde à nos besoins quotidiens »¹²⁴. Selon le professeur Macdonald, la justice réside dans les aspirations humaines.¹²⁵ Il explique sa pensée de la manière suivante : « [l]es citoyens savent que, bien que ces législateurs, ces avocats et ces tribunaux prétendent avoir monopole de la loi, c'est le droit non officiel de leur vie quotidienne qui est le fondement d'une société juste et respectueuse »¹²⁶. Suivant cette proposition, la justice se trouve dans la société et non dans le droit officiel.

Le concept aristotélicien de phronêsis¹²⁷, concept aux sources de la conception classique de la justice, peut servir de guide concret aux citoyens afin de trouver une solution juste. Ce concept philosophique permet l'application d'un bon jugement à l'action humaine. Tel que l'explique la juge Deschamps, « [c]e concept permet de saisir les trésors qui sont en nous-mêmes ainsi que la capacité de provoquer des changements »¹²⁸ et, ainsi, peut contribuer à l'amélioration de la justice. Par ailleurs, le professeur Farrow affirme que la justice « is really about helping people to achieve the good life »¹²⁹. Autrement dit, suivant cette conception de la justice, l'accès à la justice représente l'accès « to just outcomes in the form of the good life »¹³⁰.

Il y a ainsi des approches nouvelles de la justice fondées sur une plus grande participation des citoyens. La justice participative¹³¹, par exemple, propose une nouvelle façon de

¹²³ *Ibid*, Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 à la p 969.

¹²⁴ Deschamps, « L'accès à la justice », *supra* note 108 à la p 251.

¹²⁵ Macdonald, « La justice », *supra* note 107 à la p 52. Voir aussi : Roderick A. Macdonald, *Le droit du quotidien*, McGill Queen University Press, Montréal, 2002 à la p 8 [Macdonald, « Le droit du quotidien »].

¹²⁶ *Ibid*, Macdonald.

¹²⁷ Le concept de phronêsis (fronhsis) a été développé par Aristote. Voir Aristote, *Éthique à Nicomaque*, trad par Jules Tricot, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1990 aux pp 284-287 (livre VI, chap 5 : « Étude de la prudence »). Il signifie « sagesse pratique, prudence » (p 284, à la note 5).

¹²⁸ Deschamps, « L'accès à la justice », *supra* note 108 à la p 253.

¹²⁹ Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 à la p 971.

¹³⁰ Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 à la p 972.

¹³¹ Jean-François Roberge, *La justice participative – Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011 [Roberge, « La justice

réagir aux conflits en plaçant les parties au centre du processus de règlement.¹³² Elle permet ainsi « [l]’obtention d’une justice sur mesure, qui correspond aux attentes, aux besoins et aux capacités de chaque personne, et ce, par la participation pleine et entière du citoyen impliqué dans un conflit »¹³³. La justice participative n’exclut pas les recours devant les tribunaux, mais vise plutôt l’exploration de divers moyens pour résoudre un différend en plus de la considération du recours devant le tribunal.¹³⁴ Cette dernière peut prendre différentes formes de justice renouvelée¹³⁵, telles que la justice réparatrice¹³⁶ et la justice consensuelle¹³⁷. Aussi, la justice conciliationnelle,¹³⁸ la justice informelle,¹³⁹ et la

participative »]; Louis Marquis, « Dynamisme, justice participative et droit québécois » (2007) 1 *Revue de prévention*, 1.

¹³² Commission du droit du Canada, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, Éditions du gouvernement du Canada Ottawa, 2003 à la p 3, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-22-2003F.pdf> [Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains »].

¹³³ Miville Tremblay, « La justice participative » dans *Collection des habiletés 2014-2015 de l’École du Barreau : Justice participative*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014 à la p 9.

¹³⁴ Roberge, « La justice participative », *supra* note 131 à la p 27.

¹³⁵ Voir notamment : Georges-A. Legault, « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée » (2001) 3:2 *Éthique publique* 69; Georges-A. Legault, « La médiation et l’éthique appliquée en réponse aux limites du droit » (2002-03) 33:1-2 *RDUS* 153 [Legault, « La médiation »].

¹³⁶ La justice réparatrice renvoie à un processus de résolution des crimes et des conflits qui met l’accent sur la réparation du préjudice causé aux victimes, sur la responsabilisation des délinquants face à leurs actes et sur la participation de la collectivité au processus. Pour plus de détails, voir : Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains » *supra* note 132 aux p xv et p 15 et s.

¹³⁷ La justice consensuelle, quant à elle, renvoie à des méthodes innovatrices de résolution des conflits généralement de nature non pénale. Pour plus de détails, voir : *Ibid* aux p xv et p 97 et s.

¹³⁸ Louise Otis, « Alternative Dispute Resolution: Judicial Mediation » dans *Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges. Actes de la 1e Conférence européenne des juges 2003*, tenue du 24 au 25 novembre 2003 à Strasbourg, Strasbourg, Éditions du Conseil de l’Europe, 2005, 67 à la p 69 [Otis, « Alternatie Dispute »]; Voir aussi : Louise Otis « La justice conciliationnelle : l’envers du lent droit », (2001) *Éthique publique*, 3:2 63 à la p 63 et s.

¹³⁹ Richard Abel fait l’éloge de la justice informelle : « [...] elle exprime des valeurs qui suscitent une adhésion méritée : l’harmonie plutôt que le conflit; des mécanismes accessibles au grand nombre plutôt que des privilèges offerts à quelques-uns. Elle fonctionne rapidement et à bon compte; elle permet à tous les citoyens de participer aux prises de décisions plutôt que de limiter l’autorité aux professionnels; elle est conviviale plutôt qu’ésotérique; son but est de rendre toute la réalité de la justice à des gens qui autrement en seraient réduits à se satisfaire d’une justice de pure forme. » cité par Jacques Dufresne, « De la règle de droit à la philia » dans *Élargir nos horizons : Redéfinir l’accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000 à la p 59 [Dufresne, « De la règle »]. Voir aussi : Louise Otis et Eric H Reiter, « Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice » (2006) 6 *Pepp Disp Resol. L.J.* 351 à la p 357.

justice processuelle et contextuelle et réflexive¹⁴⁰ font partie de ces nouvelles approches de la justice.

L'idée ici n'est pas de présenter explicitement chacune de ces approches, mais simplement de mentionner cette nouvelle façon de penser la justice en lien avec les besoins des citoyens et leur rapport au droit et aux institutions juridiques. Certes, le niveau de participation des citoyens dans la résolution du conflit diffère selon l'approche de la justice, mais il n'en demeure pas moins que la justice axée sur le citoyen propose une « justice renouvelée, celle qui considère le droit comme un tout, autant économique qu'humain, qui appartient à d'autres sens ou objectifs que la normativité qu'il porte »¹⁴¹. Tel que le souligne Louise Lalonde, « [i]l en ressort que cette transformation envisagée de la justice semble intimement liée à la reconnaissance et à la prise en compte par les processus d'une «internormativité contextualisée» dans leur gestion du différend. Cette reconnaissance de l'internormativité inhérente au conflit porte peut-être le germe de l'équilibre nécessaire entre «l'immanence et la transcendance» dans l'idéal de justice »¹⁴². On voit se tracer alors une immersion de la justice dans le social. Cette idée de justice est dans la proximité jusqu'à concevoir éventuellement une justice assumée par les citoyens eux-mêmes. Tel que le souligne Jacques Commaille, ce modèle de justice s'accorde avec « une conception de l'ordre politique marqué par l'idée d'horizontalité, inspiré par l'idée d'immanence [...] »¹⁴³. Commaille parle de nouvelles sollicitations de la justice civile « par le bas » (de type bottom up) qui s'inscrivent dans une tendance à la

¹⁴⁰ Pour plus de détails, voir : Stéphane Bernatchez, « Le nouveau Code de procédure civile du Québec et les modes de PRD : les conditions de possibilité d'une transformation de la justice » dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile » ?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014 [Bernatchez, « Le nouveau Code »]; Louise Lalonde, « La «nouvelle» conciliation judiciaire au TAQ, vers une justice processuelle et contextuelle? Réflexion sur les diverses finalités possibles de cette pratique », (2009), non publié [Lalonde, La «nouvelle conciliation»].

¹⁴¹ Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, *Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, déposé à la commission des institutions de l'assemblée nationale du Québec, 2011 à la p 13 [Institut de médiation, « Mémoire »].

¹⁴² Lalonde, « Les modes de PRD », *supra* note 47 à la p 19.

¹⁴³ Jacques Commaille, « La justice et les transformations des sociétés contemporaines. Quelles politiques de justice? », dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives. Les journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010 145 à la p 148.

réappropriation de la justice par les citoyens.¹⁴⁴ Cette conception de la justice centrée sur le citoyen permet un développement vers une « exigence de réflexivité » de la justice où la justice est conçue comme une pratique, soit l'opération par laquelle est construite une signification normative partagée au départ des contextes et formes de vie.¹⁴⁵ Cette conception se rapproche des citoyens afin de permettre une contextualisation du conflit à leur réalité.

En ce sens, le philosophe Jacques Dufresne a imaginé un graphique qu'il a appelé la pyramide de la justice qui propose l'autoréglementation comme choix à privilégier afin de résoudre les conflits. Suivant cette proposition, le recours au tribunal, quant à lui, se situe comme dernier ressort. Selon Jacques Dufresne, l'autoréglementation, ou encore la justice spontanée comme il la nomme aussi, permet de se concentrer sur le tissu social et les mœurs des citoyens. Il explique en ces mots sa réflexion : « c'est le tissu social qui est en cause. Pour vivre avec ses semblables sur le mode du procès, il faut être devenu à la fois amer, aigri et dur. Avant de songer à faciliter l'accès à l'institution juridique, il faut trouver une méthode pour faire disparaître dans la société elle-même le plus grand nombre possible d'occasions de litige »¹⁴⁶. Pour ce faire, le litige doit, autant que possible, être réglé spontanément par la société.¹⁴⁷

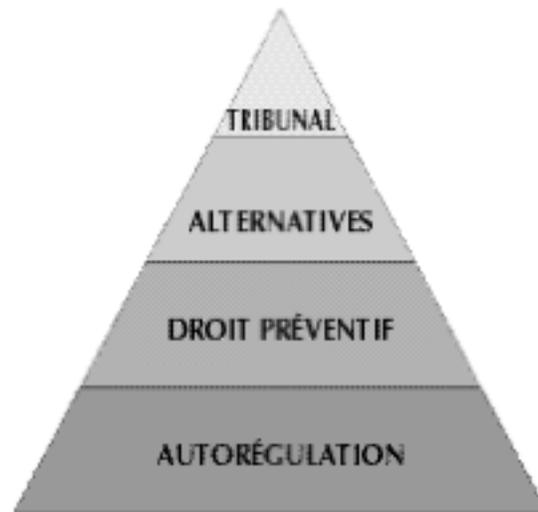
¹⁴⁴ *Ibid* à la p 154. Voir aussi : Jacques Commaille, « La fonction de justice et le changement de régulation des sociétés », dans Nicolas Kasirer et Pierre Noreau, dir, *Sources et instruments de justice en droit privé*. Montréal, Éditions Thémis, 2002.

¹⁴⁵ Bernatchez, « Le nouveau Code », *supra* note 140 aux pp 232 et 259. Sur cette conception de la justice qui, selon une approche pragmatiste, fait de celle-ci une pratique, voir notamment : Jacques Lenoble, « Au-delà des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit », (2007) 1 *European journal of Legal Studies* 1 ; Jacques Lenoble et Marc Maesschalck, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions RDUS, 2009 [Lenoble et Maesschalck, « L'action »]; Jacques Lenoble et Marc Maesschalck, *Droit, démocratie et gouvernance*, Sherbrooke, Éditions RDUS 2011.

¹⁴⁶ Dufresne, « De la règle », *supra* note 139 à la p 55.

¹⁴⁷ *Ibid* à la p 62.

LA PYRAMIDE DE LA JUSTICE¹⁴⁸



En somme, la notion de justice peut être entendue suivant différentes approches allant d’une conception juridique à une conception participative et réflexive de celle-ci qui vise l’extension de l’institution de la justice vers le citoyen. Il nous semblait pertinent d’interroger le sens donné au terme justice, élément central de l’accès à la justice, afin de mettre en lumière les nombreuses formes que peut revêtir l’accès à la justice. Les prochaines lignes tenteront alors de présenter les différentes conceptions de l’accès à la justice telles que décrites dans la littérature.

1.2.2 L’accès à la justice dans la doctrine

1.2.2.1 L’approche traditionnelle de l’accès à la justice

D’un point de vue historique, l’accès à la justice est un concept axé sur le système de justice officiel (les cours, les tribunaux, les avocats et les juges) et sur ses procédures. Ce faisant, l’accès à la justice « has traditionally been characterized as the ability to obtain

¹⁴⁸ *Ibid* à la p 55.

legal representation and make use of all of the formal processes of the court system »¹⁴⁹. William E. Conklin, quant à lui, parle d'un premier modèle d'accès à la justice, qui imprègnerait encore fortement le discours juridique, basé sur un pur procéduralisme et n'étant pas lié à un critère de justice de fond.¹⁵⁰ De manière générale, la conception de l'accès à la justice se limite à cette conception de la justice traditionnelle qui donne accès à un lieu de gestion du conflit qui applique les normes juridiques et laissent peu de place à une réelle participation de la part des justiciables. L'approche institutionnelle de l'accès à la justice repose sur une conception basée sur un cadre normatif juridique, en rapport avec des règles, des principes et des processus juridiques.

At its most basic level, “access to justice” is synonymous with “access to the legal system”, although one might also view the “legal system” instrumentally as simply what the law is and how it is enforced and processed – activities that may have little to do with justice, fairness, or equity. In this respect, access to justice means simply (but not in-significantly) making it easier for people to use the legal system or making the legal system more “accessible” (e.g., through more legal aid or more expeditious proceedings). Indeed, the core aspects of access to justice have been identified as “reasonable and effective access to courts of law and the opportunity to obtain legal services from qualified professionals.”¹⁵¹

Cette approche correspond à un accès à la justice traditionnelle dans lequel le juge dira le droit à la suite de l'audition des parties, et selon la normativité juridique. Le professeur Farrow précise à cet effet : « [t]o date, the major focus of thought and reform related to access to justice has been procedural. Access to justice has been equated largely with access to lawyers and courts. The more legal process we provide—through lower legal fees, more lawyers, and faster and more accessible court hearings—the more we are improving access to justice.¹⁵² Farrow poursuit en se demandant si ces réformes

¹⁴⁹ Diana J. Lowe, « Access to Justice : Responding to Public Needs Within a Culture of Proportionality », dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives. Les journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010, 83 à la p 85.

¹⁵⁰ William E. Conklin, « Whiter Justice? The Common Problematic of Five Models of « Access to Justice », (2001) 19 Windsor .B. Access Jus 297.

¹⁵¹ Patricia Hughes, « Law Commissions and Access to Justice : What Justice Should We Be Talking About? » (2008) 46:4 Osgoode Hall L.J. 773 aux pp 777 et 778 [Hughes, « Law Commissions »]. (Notons que Hughes elle-même n'adopte pas cette approche traditionnelle de l'accès à la justice orientée sur les processus.)

¹⁵² Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 à la p 970.

procédurales « ultimately improve access to justice or simply provide access to the tools or processes of law »¹⁵³.

Ceci dit, selon certains auteurs, les tribunaux ne constituent pas le seul moyen pour résoudre les conflits. Selon, l'honorable Thomas A. Cromwell, juge à la Cour suprême du Canada, l'accès à la justice ne consiste pas simplement au fait « d'avoir accès aux litiges ou même comme simplement le fait d'avoir accès aux avocats, juges et tribunaux, quoique ceux-ci bien entendu, soient des éléments de ce qui est requis par l'accès à la justice. »¹⁵⁴ Il précise que l'accès à la justice comprend « un ensemble de services extrajudiciaires, dont l'accès aux connaissances relatives au droit et au processus juridique ainsi que les services de règlement de différends, aussi bien officiels qu'officieux, notamment ceux disponibles par la voie des tribunaux »¹⁵⁵. Dans une perspective qui remet davantage en question l'accès traditionnel à la justice, André-Jean Arnaud décrit l'accès à la justice comme « une théorie critique vis-à-vis du centralisme juridique de la première acception, cherchant à élargir le champ d'investigation et s'attachant notamment à l'amélioration du règlement des litiges et des transactions en dehors des cours et tribunaux »¹⁵⁶.

1.2.2.2 L'approche citoyenne de l'accès à la justice

Le professeur Roberge propose une conception plus large de l'accès à la justice. Selon lui, « l'accès à la justice est l'action de rendre accessible une forme de justice qui doit être perçue comme une forme de justice par celui ou celle à qui elle est destinée et qui répond à ses motivations et attentes de justice ».¹⁵⁷ Cette conception de l'accès à la justice ne se limite pas aux règles juridiques pour résoudre un conflit, mais rend compte de la perception du justiciable ainsi que de ses attentes et de ses besoins. Le professeur Roberge parle de « l'accès contextuel à la justice »¹⁵⁸. Suivant ce sens, l'accès à la justice

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ L'honorable Thomas A. Cromwell, « Access to Justice : Towards a Collaborative and Strategic Approach », Viscount Bennett Memorial Lecture, (2012) 63 UNBLJ 38 à la p 39. Traduction tirée de : *Rapport Cromwell, supra* note 2 à la p 31.

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ Balate, « accès à la justice », *supra* note 105.

¹⁵⁷ Roberge, « La justice participative », *supra* note 131 à la p 23.

¹⁵⁸ *Ibid.*, à la p 87.

permet donc un accès à une justice qui balance les intérêts, qui a recours à l'équité et qui n'est pas prédéterminée par des règles.¹⁵⁹ Cette conception de l'accès à la justice présuppose alors une internormativité. Tel que le souligne Louise Lalonde, « la contextualisation du différend permettra par la conjonction des normativités, une vision élargie du droit et la reconnaissance d'une véritable internormativité ».¹⁶⁰

Le professeur Macdonald va plus loin en affirmant que l'accès à la justice veut surtout dire que les citoyens doivent être capables de trouver la justice dans leurs activités humaines quotidiennes, autrement dit dans le droit vivant.¹⁶¹ Selon lui, la société, et non le droit, constitue le lieu où réside vraiment la justice. Abondant dans le même sens, la juge Deschamps souligne qu'« [u]n réel accès à la justice se doit d'être pragmatique et d'appliquer les principes de justice dans notre vie quotidienne »¹⁶². Elle poursuit en précisant que « la justice est meilleure lorsque la personne qui est la première touchée a un rôle : en fait, elle a la responsabilité de participer à la recherche de solutions et de moyens de prévention »¹⁶³. Tel que le souligne la professeure Martine Valois, « [...] l'accès à la justice passe dorénavant par une réappropriation par les justiciables de la gestion de leurs conflits »¹⁶⁴.

Ab Currie a qualifié d'accès à la justice communautaire, cette conception de l'accès à la justice qui suppose de donner aux particuliers les moyens de jouer un rôle plus actif dans la recherche de solutions à leurs problèmes de justice.¹⁶⁵ En ce sens, le professeur Jerold Auerbach souligne qu'une justice non institutionnalisée et non professionnalisée est la

¹⁵⁹ Emmanuelle Jouanet, « Présentation critique » dans Martti Koskeniemi, *La politique du droit international*, Éditions Pedone, Paris, 2007 à la p 24.

¹⁶⁰ Lalonde, « Les modes de PRD », *supra* note 47 à la p 29.

¹⁶¹ Roderick A. Macdonald, « Access to Justice and Law Reform #2 », (2001) 19 *Windsor Yearb. Access Justice* 317 à la p 319 [Macdonald, « Access to Justice »].

¹⁶² Deschamps, « L'accès à la justice », *supra* note 108 à la p 255.

¹⁶³ *Ibid* à la p 252.

¹⁶⁴ Martine Valois, « La mission de justice dans l'état moderne » dans Pierre P Tremblay, dir, *L'administration contemporaine de l'État : Une perspective canadienne et québécoise*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2012 à la p 210.

¹⁶⁵ Ab Currie, « Surfer sur la troisième vague – Notes sur l'avenir de l'accès à la justice » dans *Élargir nos horizons, redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000 à la p 44 [Currie, « Surfer »].

plus belle expression d'une communauté harmonieuse.¹⁶⁶ L'accès à la justice devient donc un volet important de cette évolution vers un système de justice davantage centré sur la collectivité et sur les citoyens.

En somme, cette notion d'accès à la justice « revêt divers sens, d'un sens littéral à un sens plus symbolique, en passant par un sens plus social à cet accès ».¹⁶⁷ La doctrine juridique n'a ainsi guère trouvé de consensus quant à la signification de l'expression « accès à la justice ». Cette situation est attribuable en partie au fait que, sur le terrain, les problèmes d'accès à la justice ont eux-mêmes changé au cours des années. Les besoins d'une population plus diversifiée, la mondialisation et la nouvelle évolution de l'affect dans les relations personnelles sont caractéristiques de ces changements. Il semble que se profile la nécessité de considérer autrement la justice afin de s'assurer de l'efficacité des modes mis en place pour pallier aux insuffisances des modes traditionnels. Tel que le souligne le professeur Farrow, « it is clear that an accessible justice system must be one that understands and can embrace the importance of social context for those who use it, particularly for the increasingly diverse communities that the system is designed to serve »¹⁶⁸.

1.2.3 L'accès à la justice dans la jurisprudence

Les tribunaux se sont penchés plus d'une fois sur la notion d'accès à la justice. La jurisprudence en matière constitutionnelle est particulièrement heuristique à cet égard, certains aspects essentiels de l'accès à la justice ayant été reconnus comme des droits fondamentaux.

Dans l'arrêt *Christie*¹⁶⁹, de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, la juge Newbury a décrit certains aspects essentiels de l'accès à la justice de la manière suivante :

¹⁶⁶ Jerold S. Auerbach, « Justice without Law ? Resolving Disputes without Lawyers, Oxford, Oxford University Press, 1983.

¹⁶⁷ Lalonde, « Une nouvelle justice », *supra* note 46 à la p 6.

¹⁶⁸ Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 à la p 980.

¹⁶⁹ *Christie v. British Columbia*, 2005 BCCA 631.

« [TRADUCTION] . . . je propose, comme définition *ad hoc*, la signification qui à mon avis recouvre les aspects les plus fondamentaux ou essentiels de l'accès à la justice en tant que principe constitutionnel : un accès raisonnable et effectif aux tribunaux et la possibilité d'obtenir, de la part de professionnels compétents, des services juridiques en vue de la détermination et de l'interprétation de droits et obligations juridiques par les tribunaux judiciaires ou d'autres tribunaux indépendants.¹⁷⁰

Plus encore, l'accès à la justice a été reconnu comme un droit fondamental par les tribunaux. Dans *B.C.G.E.U.*, la Cour parle du : « droit fondamental de tous les citoyens canadiens au libre accès aux tribunaux et du pouvoir de ceux-ci de protéger et de défendre ce droit »¹⁷¹. D'un point de vue international, la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'*Affaire Golder*¹⁷², a confirmé le droit d'accès aux tribunaux comme un principe fondamental universellement reconnu en vertu de l'article 6 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*¹⁷³ qui prévoit un droit effectif au recours.

De manière générale, l'accès à la justice se réalise dans une série de droits. La notion d'accès à la justice a déjà été invoquée en tant qu'aspect d'un procès équitable, de la primauté du droit, du droit à l'égalité, du droit à l'assistance d'un avocat et du droit à un recours. Plusieurs jugements ont été rendus ayant au cœur du litige le concept d'accès à la justice. Le plus souvent, ces jugements ont trait à des questions constitutionnelles ou quasi-constitutionnelles. Les prochaines lignes présenteront des affaires où il a été question d'accès à la justice.

Le droit d'accès physique aux tribunaux a été reconnu comme un aspect constitutionnel du droit d'accès à la justice dans *British Columbia Government Employees' Union c. Colombie-Britannique (Procureur général)*¹⁷⁴ en vertu du paragraphe 24(1) et du préambule de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹⁷⁵ ainsi que du paragraphe 52(1)

¹⁷⁰ *Ibid* au para 30. Traduction tirée de : *Christie*, *supra* note 90 au para 7.

¹⁷¹ *B.C.G.E.U.*, *supra* note 91 au para 1, juge en chef Dickson.

¹⁷² *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975 série A n°18 C.E.D.H. à la p. 17.

¹⁷³ *Convention européenne*, *supra* note 90 à l'article 6.

¹⁷⁴ *B.C.G.E.U.*, *supra* note 91.

¹⁷⁵ *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R-U), 1982, c. 11 [« Charte canadienne »].

de la *Loi constitutionnelle de 1982*¹⁷⁶. Dans cette affaire, des piquets de grève empêchaient l'accès aux cours de justice en session dans la province à moins d'un laisser-passer du syndicat. Le juge en chef McEachern de la Cour suprême de la Colombie-Britannique avait émis une injonction interdisant le piquetage aux alentours des palais de justice et les activités visant à entraver le travail de la justice. La Cour suprême du Canada a déclaré l'injonction valide. Le juge en chef Dickson affirme : « [O]n ne comprendrait pas que le Parlement et les provinces décrivent d'une façon aussi détaillée les droits et les libertés garantis par la *Charte* et qu'ils ne protègent pas d'abord ce qui seul permet d'en bénéficier en réalité : l'accès au juge »¹⁷⁷. Poursuivant dans le même sens, il explique : « À quoi bon des droits et libertés garantis par la *Charte* si une personne qui veut les faire respecter se voit refuser l'accès à un tribunal compétent ou si cet accès est retardé? Comment les tribunaux peuvent-ils agir indépendamment pour maintenir la primauté du droit et pour s'acquitter efficacement des obligations que leur impose la *Charte* si l'on entrave, empêche ou refuse l'accès aux tribunaux? Les garanties offertes par la *Charte* ne seraient dès lors qu'illusoire et la *Charte* toute entière s'en trouverait minée. »¹⁷⁸ Il continue son explication en adoptant un passage tiré de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans cette affaire : « [...] le droit d'accès aux tribunaux constitue sous le régime de la primauté du droit, un des piliers de base qui protège les droits et libertés de nos citoyens. C'est la préservation de ce droit qui est en cause en l'espèce. Du moment qu'une personne ou un groupe fait obstacle à cet accès, le tribunal exercera ses pouvoirs de manière à assurer aux justiciables leur accès au tribunal. »¹⁷⁹. Il conclut ce passage de la manière suivante : « Il ne peut y avoir de primauté du droit sans accès aux tribunaux, autrement la primauté du droit sera remplacée par la primauté d'hommes et de femmes qui décident qui peut avoir accès à la justice »¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Le paragraphe 24(1) de la Charte canadienne se lit comme suit : « Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances. » Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit que : « La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. »

¹⁷⁷ *B.C.G.E.U.*, *supra* note 91 au para 24. Voir aussi : *Grenier c. Québec (Procureure générale)*, 2016 QCCS 1442 au para 39 [*Grenier*].

¹⁷⁸ *Ibid.*, *B.C.G.E.U.*

¹⁷⁹ *Ibid* au para 26.

¹⁸⁰ *Ibid* au para 25.

Par ailleurs, l'accès à des services juridiques n'a pas été reconnu comme un aspect constitutionnel du droit d'accès à la justice, sauf pour de très rares exceptions. Un long débat, toujours en cours, s'est engagé sur la nécessité de reconnaître le droit d'être représenté par avocat et sur le financement de cette représentation afin de donner au droit d'accès à la justice un caractère effectif. En 2007, la Cour suprême du Canada a précisé que la Constitution ne garantit pas aux citoyens le droit général et inconditionnel d'être représenté par avocat pour faire valoir leurs droits et obligations.¹⁸¹ Contrairement à ce qui a été décidé pour le droit d'accès physique aux tribunaux dans l'arrêt *B.C.G.E.U.*, d'après la Cour, un tel droit ne constitue pas un élément nécessaire de la primauté du droit.¹⁸² Si tel était le cas, il reviendrait à donner un statut d'ordre constitutionnel à l'aide juridique. La Cour parle alors du coût indéterminé de la mise en œuvre d'un tel droit et de son impact sur les finances publiques.¹⁸³ La Cour explique cependant que dans certains cas, cet accès a été jugé essentiel à l'application régulière de la loi et à un procès équitable. Ainsi, dans l'affaire *G. (J.)*¹⁸⁴, la Cour suprême a reconnu qu'une mère s'étant fait refuser l'aide juridique parce que les questions de garde d'enfant ne faisaient pas partie des services couverts par le régime provincial d'assistance juridique avait un droit constitutionnel d'obtenir les services rémunérés d'un avocat. Trois facteurs justifiaient cette conclusion : l'importance des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et l'incapacité effective de la mère à se représenter seule. La Cour a voulu dans cette affaire assurer l'équité du procès. Dans le même sens, en application des articles 7, 11d) et 24 de la *Charte canadienne*, un procès a déjà été suspendu jusqu'à ce que le financement de la défense de l'accusé soit assuré par l'État.¹⁸⁵ C'est ainsi que dans l'affaire *Bande indienne Okanagan*¹⁸⁶, l'octroi d'une provision pour frais payable par le gouvernement a été accordé à la bande indienne afin de lui permettre de financer le procès. Le juge LeBel a souligné qu'un défendeur ne devrait avoir le fardeau d'assurer l'accès à la justice de la partie adverse que dans des circonstances très exceptionnelles. « Les préoccupations concernant l'accès à la justice et l'opportunité d'atténuer les grandes inégalités entre les

¹⁸¹ *Christie*, *supra* note 90 au para 10.

¹⁸² *Ibid* au para 21.

¹⁸³ *Ibid* au para 14.

¹⁸⁴ *Nouveau-Brunswick*, *supra* note 90.

¹⁸⁵ *Rowbotham*, *supra* note 90.

¹⁸⁶ *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 RCS 371.

parties au litige occupent le premier plan dans les rares cas où de telles provisions pour frais sont accordées. »¹⁸⁷ Tel que mentionné par le juge LeBel : « [l]’octroi d’une telle provision permet d’éviter qu’une argumentation juridique fondée ne soit pas entendue parce qu’une des parties ne dispose pas des ressources financières nécessaires ».

Dans l’arrêt *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*¹⁸⁸, portant sur la contestation des règles de la Cour suprême de la Colombie-Britannique concernant les frais d’audience, la Cour suprême rappelle que les mesures ayant pour objet ou pour effet d’empêcher les membres du public de s’adresser aux tribunaux vont à l’encontre de la mission fondamentale des cours de justice de résoudre des différends de droit privé et de droit public. Le juge explique que les législatures ont le droit de fixer le coût des services offerts par l’État sans pour autant qu’ils empêchent les citoyens d’avoir accès aux cours supérieures. C’est ainsi que « [l]e droit de la province d’imposer des frais d’audience est limité par des contraintes d’ordre constitutionnel »¹⁸⁹. Le juge conclut en précisant que « considéré dans le contexte de l’ensemble de la Constitution, le par. 92(14) ne confère pas aux provinces le pouvoir d’administrer la justice d’une manière qui nie aux Canadiennes et aux Canadiens le droit d’avoir accès aux cours de juridiction supérieure »¹⁹⁰. Le juge apporte cependant une nuance dans ses propos qui mérite d’être mentionnée : « Il va de soi que des frais d’audience qui empêchent les plaideurs de présenter des réclamations frivoles ou vexatoires ne portent pas atteinte à la Constitution. Il n’existe aucun droit constitutionnel d’intenter des recours frivoles ou vexatoires, et des mesures qui découragent l’exercice de tels recours peuvent en fait accroître l’efficacité du système judiciaire et améliorer globalement l’accès à la justice »¹⁹¹.

¹⁸⁷ *Ibid* au para 31. Voir aussi : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, [2007] 1 RCS 38.

¹⁸⁸ *Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2014] 3 RCS 31 au para 32.

¹⁸⁹ *Ibid* au para 42.

¹⁹⁰ *Ibid* au para 43. Le paragraphe 92(14) se lit comme suit : Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir: [...] L’administration de la justice dans la province, y compris la création, le maintien et l’organisation de tribunaux de justice pour la province, ayant juridiction civile et criminelle, y compris la procédure en matières civiles dans ces tribunaux.

¹⁹¹ *Ibid* au para 47.

En ce sens, dans *Grenier c. Québec (Procureure générale)*¹⁹², portant sur une affaire de plaideur quérulent, le juge Ruel souligne que « [l]es procédures judiciaires abusives, répétées et interminables, ainsi que les coûts qui sont engendrés par de telles actions, créent des obstacles inacceptables à l'accès à la justice, non seulement pour les parties à ces litiges, mais également pour les justiciables en général, qui se voient privés de précieuses plages de disponibilité judiciaire pour l'adjudication des disputes les concernant »¹⁹³. Le juge précise de manière plus générale que « [l]es délais et les coûts liés à l'accès à la justice restent une préoccupation importante au Québec et partout au pays ».¹⁹⁴

L'accès à la justice est habituellement décrit comme l'accès aux tribunaux. Cependant, il est important de souligner que de nouveaux moyens procéduraux destinés à modifier l'action en justice traditionnelle ou à offrir des voies alternatives à celle-ci afin de favoriser et d'améliorer l'accès à la justice et d'accroître l'efficacité de ressources judiciaires limitées ont été mis en place par les législatures et ont été reconnus par la Cour suprême du Canada¹⁹⁵. C'est le cas des recours collectifs et de l'arbitrage par exemple. En effet, l'accès à la justice est souvent abordé lorsqu'il est question de recours collectifs, l'idée étant qu'en « répartissant les frais fixes de justice entre les nombreux membres du groupe, le recours collectif assure un meilleur accès à la justice en rendant économiques des poursuites que les membres du groupe auraient jugées trop coûteuses pour les tenter individuellement »¹⁹⁶. Ce faisant, « les recours collectifs constituent un moyen de faciliter l'accès à la justice, d'améliorer l'efficacité des recours civils, de réduire les coûts associés à ceux-ci, et de prévenir ou de modifier les pratiques nuisibles ou suscitant des risques »¹⁹⁷ Récemment, dans l'arrêt *AIC Limitée c. Fischer*¹⁹⁸, la Cour suprême du

¹⁹² *Grenier, supra* note 177.

¹⁹³ *Ibid* au para 59.

¹⁹⁴ *Ibid* au para 57.

¹⁹⁵ *Seidel c. TELUS Communications Inc.*, [2011] 1 RCS 531 au para 52 [*Seidel*].

¹⁹⁶ *Hollick c. Toronto (Ville)*, [2001] 3 RCS 158 au para 15. Pour une description détaillée des avantages importants qu'offre le recours collectif comme instrument de procédure consulter : *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, [2001] 2 RCS 534 aux para 27-29. Voir aussi : *Bisailon c. Université Concordia*, [2006] 1 RCS 666 au para 16. « Elle vise à faciliter l'accès à la justice aux citoyens qui partagent des problèmes communs et qui, en l'absence de ce mécanisme, seraient peu incités à s'adresser individuellement aux tribunaux pour faire valoir leurs droits ».

¹⁹⁷ *Seidel, supra* note 194 au para 135.

¹⁹⁸ *AIC Limitée c. Fischer*, [2013] 3 RCS 949.

Canada a réitéré le fait que l'accès à la justice est assurément un objectif important du recours collectif. La Cour suprême du Canada souligne à cet égard que la nature de la demande est telle qu'il n'existe peut-être pas d'autre moyen équitable de permettre aux membres du groupe d'exercer leurs droits et de mener au règlement des questions communes d'un groupe pouvant compter plus d'un million de membres. Ainsi, dans un tel cas, l'action en justice classique ne sert pas l'accès à la justice, ni du point de vue substantiel, ni du point de vue procédural. La première question en litige dans cette affaire consistait à identifier les obstacles à l'accès à la justice. Tel que le souligne le juge Cromwell, « [s]i, en règle générale, l'obstacle à l'accès à la justice le plus fréquent est d'ordre financier, il peut également être d'ordre psychologique ou social » et « découler de facteurs comme l'ignorance des droits substantiels susceptibles d'être exercés [...] et l'aliénation découlant de démêlés avec la justice »¹⁹⁹. L'impossibilité d'exercer tout autre recours qui permettrait d'obtenir une véritable réparation constitue un obstacle d'ordre procédural fréquent.

Dans *Seidel c. TELUS Communications Inc.*²⁰⁰, la Cour suprême devait déterminer si l'accès à la justice signifie et exige l'accès à un juge. Les juges LeBel et Deschamps, tous deux dissidents, expliquent qu'au Canada, le concept d'accès à la justice ne comprend plus seulement l'accès au système judiciaire public. « Dans le passé, les juges se montraient réticents à abandonner leur mainmise sur la résolution des litiges. Ils estimaient même que le règlement alternatif des différends ne respectait pas les impératifs de la protection des droits des parties. Cette ère est révolue. »²⁰¹

Proposant ainsi une conception plus large de l'accès à la justice, orientée davantage vers les justiciables, la juge Karakatsanis de la Cour suprême du Canada a déclaré récemment ceci dans l'arrêt *Hryniak c. Mauldin*²⁰² :

De nos jours, garantir l'accès à la justice constitue le plus grand défi à relever pour assurer la primauté du droit au Canada. Les procès sont de plus en plus coûteux et longs. La plupart des Canadiens n'ont pas les moyens d'intenter

¹⁹⁹ *Ibid* au para 27.

²⁰⁰ *Seidel*, *supra* note 194.

²⁰¹ *Ibid* au para 54.

²⁰² *Hryniak c. Mauldin*, [2014] 1 R.C.S. 87.

une action en justice lorsqu'ils subissent un préjudice ou de se défendre lorsqu'ils sont poursuivis; ils n'ont pas les moyens d'aller en procès. À défaut de moyens efficaces et accessibles de faire respecter les droits, la primauté du droit est compromise. L'évolution de la common law ne peut se poursuivre si les affaires civiles ne sont pas tranchées en public.

On reconnaît de plus en plus qu'un virage culturel s'impose afin de créer un environnement favorable à l'accès expéditif et abordable au système de justice civile. Ce virage implique que l'on simplifie les procédures préalables au procès et que l'on insiste moins sur la tenue d'un procès conventionnel et plus sur des procédures proportionnées et adaptées aux besoins de chaque affaire. L'équilibre entre la procédure et l'accès à la justice qu'établit notre système de justice doit en venir à refléter la réalité contemporaine et à reconnaître que de nouveaux modèles de règlement des litiges peuvent être justes et équitables.²⁰³

Dans le même ordre d'idées, le juge Rochon de la Cour d'appel du Québec précise que « la voie judiciaire n'est désormais qu'une option parmi d'autres, comme la médiation et l'arbitrage. On souhaite une nouvelle culture juridique et on exhorte à pratiquer le droit différemment. On affirme vouloir favoriser l'accès à la justice en réduisant les délais et les coûts, en simplifiant les procédures, en encourageant les règlements. On réalise aussi que les tribunaux sont un service public aux ressources limitées, dont il ne faut pas abuser. Mais en même temps, on s'inquiète toujours de la baisse du nombre des dossiers, des délais persistants, des honoraires des avocats toujours à la hausse »²⁰⁴.

Malgré ces conceptions plus élargies de l'accès à la justice, il demeure que l'analyse de ces décisions permet de constater que les juges en ont une vision essentiellement institutionnaliste : la justice est d'abord associée aux institutions judiciaires ; c'est donc à elles, ainsi qu'aux avocates et aux avocats, qu'il faut pouvoir accéder.²⁰⁵

1.3 Le problème de recherche

Dans la mesure où les discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne sont porteurs de conceptions du droit et de l'accès la justice, la présente

²⁰³ *Ibid* aux para 1 et 2.

²⁰⁴ *Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc.*, 2010 QCCA 1600 au para 49.

²⁰⁵ Charles Carrier-Plante, Alexandre Duchesne Blondin, Jean-Marc Fontan, Richard-Alexandre Laniel, Yan Sénéchal et Kevin Vaillancourt, « L'accès à la justice : perspectives sociologiques », (2016) Nouveaux Cahiers du socialisme 16 à la p 18.

recherche propose d'étudier l'accès à la justice en examinant les fondements de ces discours, de manière à les éclairer d'une analyse théorique fondée sur la typologie de Macdonald. Ainsi, l'intérêt de la présente recherche consiste à apporter une lumière sur l'arrière-plan conceptuel des discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne en cherchant à identifier les conceptions théoriques de l'accès à la justice et du droit auxquelles ils correspondent. De cette façon, cette recherche tente d'apporter un éclairage sur les fondements des discours juridiques en matière d'accès à la justice en montrant comment certains discours juridiques tiennent une conception traditionnelle de la notion se rattachant au positivisme juridique alors que d'autres prônent une conception plus élargie de l'accès à la justice basée sur le postpositivisme suivant différents courants tels que ceux du pluralisme juridique et de la procéduralisation du droit. Quelques constats ressortent de l'étude des fondements des discours juridiques dont un plus important : l'accès à la justice est généralement entendu comme l'accès aux tribunaux et aux institutions. Ce constat nous a mené vers la construction d'une hypothèse : les fondements des discours juridiques semblent, en majorité, démontrer un ancrage dans le positivisme juridique, ce qui conduit à une conception de l'accès à la justice limitée à une conception plus positiviste du droit et moniste ou traditionnelle de l'accès à la justice. Il en résulte une limite de l'offre de justice traditionnelle à assurer à la fois l'effectivité des droits et l'efficacité de la résolution des conflits selon les attentes et les besoins des citoyens en matière de justice. Ce constat semble d'autant plus vrai dans le domaine des droits de la personne considérant que les droits fondamentaux sont porteurs de valeurs et interpellent le pluralisme normatif. Un second constat semble alors découler du premier : il est possible de s'interroger quant à la capacité ou à la légitimité des tribunaux à rendre effectifs les droits fondamentaux.

C'est ainsi que la question de l'accès à la justice n'est principalement pensée qu'en termes d'accès aux tribunaux. Par ailleurs, certains auteurs ont pensé le problème d'accès à la justice en ne limitant pas leur conception de cette notion à l'accès aux tribunaux. Selon Roderick A. Macdonald, « la solution pour guérir le système malade n'est pas nécessairement de pointer vers la prolifération du nombre de lois, d'avocats et des

tribunaux »²⁰⁶. L'accès à la justice consiste plutôt à donner à une population diversifiée « le pouvoir de faire, choisir et d'appliquer son propre droit »²⁰⁷. Ainsi, d'autres positions conceptuelles concernant l'accès à la justice se dessinent, construites par d'autres représentations du droit que celles offertes par le positivisme juridique consécutives de l'observation de transformation du droit contemporain. Comme nous l'avons mentionné précédemment, Macdonald a mis de l'avant une typologie afin d'exposer l'accès à la justice qui se divise en cinq vagues. Dans le cadre de la recherche proposée, cette catégorisation sert de grille de lecture pour éclairer les fondements des discours juridiques. Elle permet de situer les discours à l'intérieur des cinq vagues et, par une analyse de l'arrière-plan théorique, montrer à quelles conceptions de l'accès à la justice et du droit ces discours correspondent. Elle offre la possibilité d'éclairer les opinions émises par les auteurs pour permettre de lire différemment le problème d'accès à la justice en matière de droits de la personne. Elle propose un déplacement du débat vers un discours basé sur le postpositivisme juridique. Ainsi, en examinant l'implicite en arrière-plan des discours juridiques, il sera possible de comprendre en quoi la conceptualisation de l'accès à la justice de certains auteurs diffère de celles de Macdonald et des autres conceptions postpositivistes. Partant de ces conceptions et de la typologie de Macdonald, l'approche théorique permet de déconstruire, pour mieux les comprendre, les discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne afin de tenter d'y apporter une nouvelle lecture.

Dit brièvement, la recherche proposée s'intéresse à cette notion de l'accès à la justice, et ce, plus particulièrement en matière de droits de la personne. La présentation du contexte factuel sur la question permet de comprendre les origines du mouvement de l'accès à la justice et l'état de la situation en la matière. L'étude des discours juridiques, à l'aide du cadre d'analyse construit par Roderick A. Macdonald en regard de la notion d'accès à la justice, permet de saisir les différents sens que peut prendre l'accès à la justice et d'envisager une transformation du discours sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne.

²⁰⁶ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 28.

²⁰⁷ Macdonald, « La justice », *supra* note 107 à la p 52.

Conséquemment, l'on doit s'interroger à savoir comment la typologie de Macdonald permettrait d'appréhender cette hypothèse qui cherche à comprendre et mettre en lumière les fondements des discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne. La présente recherche tentera de répondre à la question suivante :

Comment la typologie de l'accès à la justice élaborée par Roderick A. Macdonald permet-elle de comprendre les fondements des discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne, en éclairant leurs conceptions de l'accès à la justice et du droit ?

L'objectif de ce mémoire est donc de décrire et de comprendre la littérature juridique relative à l'accès à la justice en matière de droits de la personne afin de faire ressortir les différents sens que peut prendre ce dernier à la lumière de la typologie de Macdonald. Le cadre théorique pourra également nous aider à comprendre l'implicite derrière les conceptions des auteurs et des acteurs, afin de bien situer les différents discours juridiques. Cette analyse nous permettra d'éclairer les discours juridiques afin de tenter de proposer une nouvelle conceptualisation de l'accès à la justice en matière de droits de la personne.

En d'autres termes, le mémoire sert à éclairer le débat sur l'accès à la justice en faisant ressortir les fondements des différentes positions des juristes, ce qui permet de mieux comprendre l'approche adoptée par ces derniers quant à leurs conceptions de l'accès à la justice. Ainsi, c'est en éclairant les fondements des discours juridiques qu'il sera possible de mieux comprendre pourquoi les auteurs et les acteurs qui ont une approche traditionnelle de l'accès à la justice adoptent une telle approche. Ce faisant, cette étude nous permettra d'éclairer les fondements des discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne.

1.4 Les précisions méthodologiques

Afin de poursuivre l'objectif de notre mémoire, nous avons élaboré un cadre théorique nous permettant d'éclairer les discours juridiques. Notre recherche vise à dévoiler les implicites qui se trouvent en arrière-plan des discours des auteurs et des acteurs afin de faire ressortir les différentes conceptions théoriques de l'accès à la justice et du droit dont ils sont porteurs. Cette étude permettra aussi de révéler en quoi la conceptualisation de

l'accès à la justice proposée par la littérature dans son ensemble diffère de celles de Macdonald et des autres conceptions postpositivistes. L'analyse des discours juridiques à l'aide de la typologie des cinq vagues de Macdonald permettra ainsi de saisir les différents sens que peut prendre l'accès à la justice et de tenter d'y apporter une nouvelle lecture. Par conséquent, notre étude est une recherche documentaire et théorique, notre corpus de données étant constitué par les discours juridiques, s'agissant à la fois des discours doctrinal et judiciaire, la jurisprudence et, dans une certaine mesure, la documentation des organismes et tribunaux. La présente étude se partage en trois étapes distinctes qui abordent chacune un aspect particulier du projet.

Une première étape vise à présenter la typologie des cinq vagues de Macdonald afin que cette dernière serve de grille de lecture dans l'analyse des discours juridiques. Pour ce faire, il s'agit de rechercher les textes dans lesquels l'auteur traite de l'accès à la justice afin de bien cerner sa position sur la question. Cette dernière peut aussi être dégagée de la lecture de textes de d'autres auteurs qui s'intéressent au travail de Macdonald. Une étude de l'approche du pluralisme juridique est aussi de mise afin de bien situer l'approche de Macdonald sur la question de l'accès à la justice.

Une seconde étape consiste à faire ressortir les diverses manifestations de la conception de l'accès à la justice en matière de droits de la personne telles que décrites dans la littérature juridique, et de les situer à la lumière de notre cadre théorique issu de la typologie des cinq vagues de Roderick A. Macdonald afin de connaître et de comprendre les discours sur cette question. L'objet de la recherche ici est de relever les différents sens que peut prendre la notion d'accès à la justice en matière de droits de la personne à partir de la typologie de Macdonald. Il s'agit alors d'éclairer les discours juridiques et d'en révéler les conceptions théoriques du droit et de l'accès à la justice à l'aide de la typologie de Macdonald, exposée à la première étape. Comme nous le verrons, certains discours juridiques portent des conceptions moniste et positiviste alors que d'autres se rattachent au pluralisme et à d'autres courants postpositivistes.

Enfin, une troisième étape consiste à apporter une nouvelle lecture de l'accès à la justice. L'analyse du corpus de documentation en regard de la typologie de Macdonald, effectuée

à la deuxième étape, nous permet alors d'analyser les discours juridiques et d'éclairer leurs fondements, c'est-à-dire les fondements des conceptions de l'accès à la justice et du droit qu'ils portent. Par conséquent, il s'agit alors de tenter de proposer une nouvelle conceptualisation à l'accès à la justice en matière de droits de la personne en ce que Macdonald et les auteurs issus des autres conceptions postpositivistes apportent une vision différente sur la question.

2 Cadre théorique : la typologie des cinq vagues de Roderick A. Macdonald comme outil d'éclairage des différentes conceptions de l'accès à la justice

En première partie, nous avons situé notre problème de recherche. Cette seconde partie vise à élaborer le cadre théorique qui nous permettra d'y apporter une réponse.

Roderick A. Macdonald a mis de l'avant une typologie représentée par des vagues afin d'expliquer l'accès à la justice.²⁰⁸ Elle représente une catégorisation pouvant être qualifiée d'historique ou de temporelle puisque chaque vague correspond à une époque donnée. Dans le cadre de la recherche proposée, cette catégorisation sert de grille de lecture afin d'éclairer les fondements des discours juridiques. Il sera possible en regard de cette grille de lecture de contextualiser les discours et les mobilisations qui prévalent actuellement dans la sphère publique concernant l'accès à la justice. L'hypothèse de cette étude repose sur l'idée que les fondements des discours juridiques semblent, en majorité, démontrer un ancrage dans le positivisme juridique, à telle enseigne qu'ils véhiculent une conception traditionnelle de l'accès à la justice, et en arrière-plan, du droit. L'analyse des discours des auteurs et des acteurs à l'aide de la typologie des cinq vagues de Macdonald permettra de saisir les différents sens que peut prendre l'accès à la justice et d'envisager une transformation du discours sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne en ce que Macdonald apporte une vision différente sur la question. Les prochaines lignes tenteront de présenter brièvement cette dernière.

²⁰⁸ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 aux pp 24-29.

Macdonald suggère que l'histoire du mouvement de l'accès à la justice est une histoire de déplacements successifs des intérêts scientifiques et politiques. Premièrement, de la justice au droit; et après, du droit à l'accès à la justice; et plus récemment, de l'accès à la justice à l'accès au droit. Ce faisant, l'auteur explique que pour la plupart des participants au débat sur l'accès à la justice aujourd'hui, l'expression « accès à la justice » signifie réellement l'accès au droit entendu comme l'accès aux institutions légales et aux services légaux. Cependant, ce qui semble intéresser Macdonald est une conception de l'accès à la justice qui dépasse celle du seul accès aux institutions légales et aux services juridiques. Considérant sa posture théorique qui prend appui sur le pluralisme juridique radical²⁰⁹, la justice selon lui « a surtout un visage humain, et son accessibilité exige une réflexion au-delà des tribunaux et des autres institutions étatiques. »²¹⁰ Les sujets de droit sont au centre de cette approche. Suivant cette théorie, Macdonald se demande comment les sujets de droit contribuent à la création du droit. Macdonald s'intéresse plus particulièrement au droit du quotidien²¹¹ représenté par les différentes interactions vécues à tous les jours, par exemple au travail, à la maison ou lors d'activités entre amis. Macdonald s'intéresse à cette conception de l'accès à la justice qui s'inscrit dans une vision postmoderne du droit. Il étudie le droit à partir des destinataires de la loi notamment par leurs interactions quotidiennes et leurs besoins. On parle ici d'une justice qui ne se limite pas à une vision traditionnelle du droit.

Les premières vagues de la catégorisation de l'accès à la justice de Macdonald reprennent en grande partie celles élaborées par Cappelletti et Garth lors du Projet de Florence. Celles-ci présupposent que les problèmes d'accès à la justice consistent uniquement en des contraintes formelles que Macdonald appelle les barrières objectives. Cependant, il a été démontré que même si toutes les barrières objectives et institutionnelles étaient

²⁰⁹ Martha-Marie Kleinhans et Roderick A. Macdonald, « What is a *critical* legal pluralism? », (1997) 12:2 C.J.L.S. 25 [Kleinhans et Macdonald, « What is a *critical* »]; Jacques Vanderlinden réfère au pluralisme juridique critique de Macdonald. Voir : Jacques P Vanderlinden, « Une lecture du système normatif de l'Église catholique par un pluraliste comparatiste aux personnalités multiples » (2005) 50 Revue de droit de McGill 809 [Vanderlinden, « Une lecture »]. Voir aussi : Jean-Guy Belley, « Étudier et enseigner le droit aujourd'hui : vertus et vices du pluralisme juridique radical », dans Lynne Castonguay et Nicolas Kasirer, *Études offertes à Jacques Vanderlinden, Étudier, et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain*, Bruylant, Éd. Yvon Blais, 2006 [Belley, « Étudier et enseigner »].

²¹⁰ Roderick A. Macdonald, « Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice? » (1992) 33 : 2 C de D 457 à la p 468 [Macdonald, « Accessibilité »].

²¹¹ Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125.

abattues, l'inaccessibilité à la justice ne disparaîtrait pas, pour autant.²¹² En effet, les recherches effectuées par un groupe de travail dans le cadre d'une étude sur l'accessibilité à la justice au Québec²¹³ démontrent que ce n'est pas par l'injection de fonds, par une meilleure gestion des procédures judiciaires, ni par la vulgarisation juridique que l'on rend la justice plus accessible. Ce sont plutôt les barrières subjectives et plus précisément les barrières psychologiques qui sont les plus importantes causes d'inaccessibilité. Ces obstacles ont trait aux perceptions qu'ont les justiciables des conditions d'accès à la justice et des possibilités d'obtenir justice devant les tribunaux; les citoyens semblant faire de moins en moins confiance au système judiciaire. Il semble cependant que ce soit davantage les barrières objectives qui sont prises en considération dans la réforme du droit puisqu'elles rejoignent la métaphore instrumentale des barrières visant des problèmes dans le système de justice et non une réflexion sur la justice elle-même.

Les lignes qui suivent présentent la réflexion de Macdonald sur la notion d'accès à la justice.

2.1 La typologie des cinq vagues et les barrières à l'accès à la justice

La première vague – l'accès aux avocats et aux tribunaux

La première vague de réflexion sur l'accès à la justice (entre 1960 et 1970) consiste à faciliter l'accès aux avocats et aux tribunaux. Les questions de coûts, de délais et de la complexité du système juridique constituent les préoccupations majeures de cette réflexion. L'implantation, par exemple, d'un système d'aide juridique pour les personnes démunies fait partie de cette première vague. Il permet ainsi aux personnes moins nanties de profiter des services d'un avocat.

La deuxième vague – remaniement de la conception institutionnelle

La deuxième vague (entre 1970 et 1980) vise l'amélioration de la structure des tribunaux et des systèmes d'aide juridique. Certaines questions comme la véritable performance des

²¹² Macdonald, « Accessibilité », *supra* note 210 à la p 478.

²¹³ *Rapport Macdonald*, *supra* note 17 à la p 7.

tribunaux, leurs procédures et leur organisation sont alors examinées par les chercheurs. Ces recherches mènent à l'amélioration des procédures d'arrestation et de détention préalable au procès, à la création des cours de petites créances, à la permission des recours collectifs, à la modification des règles concernant la communication et l'interrogatoire préalable et à la permission des honoraires conditionnels. Ces changements dans la structure du système des tribunaux et de justice en général ont pour but d'accélérer les poursuites, de réduire leur coût ou d'accroître leur disponibilité à ceux qui cherchent à intenter une action en justice. Les gouvernements mettent également au point diverses institutions judiciaires ou non judiciaires pour traiter certains recours civils. L'instauration par exemple de la Commission des droits de la personne (1975), de la Régie du logement (1980) et du Tribunal des droits de la personne (1990) représente des exemples d'organismes qui ont été créés dans l'espoir de traiter les différends civils plus efficacement.

La troisième vague – la démystification de la loi

La troisième vague (entre 1980 et 1990) correspond à la démystification du droit. Celle-ci peut se faire par exemple, par la vulgarisation de textes juridiques et l'instauration de programmes d'information et d'éducation juridiques auprès du grand public. Il s'agit de l'accès au droit et à la justice par la connaissance. Cette vague comporte un aspect pédagogique. Des organismes comme, SOQUIJ²¹⁴, Éducaloi²¹⁵ et les Centres de justice de proximité²¹⁶ font partie intégrante de cette conception enrichie de l'accès à la justice. Par ailleurs, le mouvement des modes alternatifs de résolution des conflits prend son

²¹⁴ Mission de SOQUIJ : « Nous analysons, organisons, enrichissons et diffusons le droit au Québec et cette valeur ajoutée nous permet d'accompagner les professionnels dans leurs recherches de solutions, ainsi que l'ensemble de la population dans sa compréhension du droit. » En ligne : <http://soquij.qc.ca/fr/a-propos>.

²¹⁵ Mission d'Éducaloi : « Éducaloi est un organisme de bienfaisance enregistré québécois dont la mission est d'informer le public sur la loi, sur ses droits et sur ses obligations. Pour y parvenir, il s'investit dans trois champs d'action principaux: l'information juridique, l'éducation juridique et le développement d'une expertise en communication claire et efficace du droit. Il met à la disposition de tous de l'information juridique de qualité, rédigée dans un langage simple et accessible. » En ligne : <https://www.educaloi.qc.ca/a-propos-educaloi/propos-deducaloi-organisation>.

²¹⁶ Mission des Centres de justice de proximité : « Promouvoir l'accès à la justice en favorisant la participation des citoyennes et des citoyens, par des services d'information juridique gratuits, de soutien et d'orientation, offerts en complémentarité avec les ressources existantes. » En ligne : <http://www.justicedeproximite.qc.ca/a-propos/organismes/>.

essor dans cette vague à la suite d'une théorisation initiale des divers processus juridiques dans la littérature américaine des années 1950.²¹⁷ Parmi les multiples formes de processus théorisés, Macdonald précise qu'on peut noter la médiation obligatoire sanctionnée par un tribunal, l'arbitrage consensuel dans les réclamations contractuelles, le renvoi à des experts dans des conflits de construction, et ainsi de suite.²¹⁸ Les assemblées législatives commencent alors à imaginer des institutions et des techniques innovatrices de règlements des conflits. L'idée de « déjudiciarisation » de la justice civile fait son entrée.

La quatrième vague – le droit préventif

La quatrième vague (entre 1990 et 2000) porte sur le droit préventif. Elle reflète la reconnaissance que le véritable accès à la justice doit englober de multiples dimensions des modes alternatifs de résolution des conflits. Un nouveau point de vue est proposé aussi en vertu duquel ces derniers ne sont pas seulement des moyens pour régler des conflits, mais ils peuvent être aussi utilisés afin d'aider les citoyens à éviter des conflits. Par ailleurs, la participation du public à l'intérieur des comités parlementaires et des audiences d'organismes administratifs relativement à l'élaboration des normes législatives ou réglementaires est reconnue. Par exemple, des intervenants rémunérés par des ONG font partie des consultations en matière de politique gouvernementale. Les réflexions portant sur l'accès à la justice au courant de cette vague se penchent également sur les préoccupations liées à l'activité législative d'organismes non publics comme par exemple, les règlements édictés par des organisations de normes privées. Cette vague vient déconstruire en quelque sorte la notion d'accès à la justice traditionnelle. En effet, il n'est plus seulement question ici de regarder les problèmes objectifs rencontrés dans le système de justice, mais plus particulièrement de réexaminer les fondements du système juridique. Est-ce que notre société accorde une égalité d'accès aux institutions de création et d'administration des lois? À quel point l'éducation juridique et les barreaux favorisent l'accès? Sommes-nous certains que l'accès inégal n'est pas lié directement à des

²¹⁷ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 27.

²¹⁸ *Ibid.*

inégalités du pouvoir dans la société? Selon Macdonald, l'accès à la justice impliquerait nécessairement l'accès aux institutions de la création des lois.

La cinquième vague – l'accès proactif à la justice

La cinquième vague (depuis 2000) s'intéresse à l'accès proactif à la justice. Cette approche s'intéresse à l'amélioration de l'accès aux institutions officielles et non officielles de création et d'administration de la loi. « Dans une démocratie libérale, le véritable accès à la justice exige que chacun ait un droit égal de participer à chaque institution où le droit est débattu, créé, trouvé, organisé, administré, interprété et appliqué. »²¹⁹ Macdonald parle de faire de la place pour le « living law of everyday human activity »²²⁰. L'objectif est de permettre aux citoyens de participer au « law-making » et au « law-applying » afin que le droit soit un reflet plus juste de la justice qui ressort du droit de tous les jours. Cette vague rejoint la notion de la justice participative.

Roderick A. Macdonald complète sa réflexion sur l'accès à la justice en identifiant quatre sortes de barrières à l'accès à la justice : 1) les barrières physiques et matérielles, 2) les barrières objectives, 3) les barrières subjectives et 4) les barrières sociologiques et psychologiques.²²¹ La notion de barrières fournit une synthèse raisonnable des problèmes d'accès à la justice.

Les barrières physiques et matérielles

La forme la plus élémentaire de l'accès à la justice est l'accès matériel aux installations officielles de droit et de justice (plus particulièrement les institutions de différends civils, les bureaux d'aide juridique, les bureaux d'enregistrement et les agences administratives). L'accès à ces points de service est souvent difficile parce que rarement décentralisés au-delà des villes et même si c'est le cas ils ne sont pas toujours situés aux endroits les plus accessibles. Pas plus qu'ils ne sont ouverts aux heures qui conviennent le mieux à ceux

²¹⁹ *Ibid* à la p 28.

²²⁰ Macdonald, « Access to Justice », *supra* note 161 à la p 319.

²²¹ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 35 et s.

qui ont des emplois réguliers de jour. Qui plus est, ils ne se sont souvent pas adaptés pour ceux qui ont des handicaps physiques ou qui ont des facultés intellectuelles diminuées. Sans aide, ces personnes ne sont que des participants passifs dans un système compliqué qui leur demeure inaccessible.

Les barrières objectives

Les trois plus importantes barrières objectives à l'accès à la justice sont les coûts, les délais et la complexité de l'affaire.²²² Évidemment, lorsque le coût pour obtenir justice est au-delà des moyens des citoyens, l'accès à la justice devient une impossibilité. Ces coûts financiers peuvent être les coûts institutionnels imposés par les gouvernements, les coûts pour les services d'un avocat et les coûts pour établir adéquatement la preuve (enquêtes, honoraires de témoins experts). Les longs délais d'attente pour la tenue d'un procès sont aussi un obstacle important à l'accès à la justice. Ils sont souvent dus à une accumulation de dossiers pour les tribunaux. Cela signifie toutefois pour les justiciables la nécessité d'attendre l'indemnisation pour des accidents de travail, les chèques de pension et un possible retour au travail. Du point de vue de la complexité, plus l'affaire se rapporte à des règles de droit complexes plus les procès risquent d'être longs et coûteux. Il existe donc souvent une corrélation entre, d'une part, le coût et les délais et, d'autre part, le niveau de complexité de l'affaire. L'accessibilité à la justice est d'autant plus réduite lorsque les personnes agissent seules devant les tribunaux parce que la complexité des procédures et des règles de droit provoquent des sentiments d'impuissance et d'injustice.

Les barrières subjectives

Les barrières subjectives proviennent le plus souvent des connaissances et des perceptions qu'ont les citoyens du système de justice. Les systèmes sociaux et les institutions de l'État démocratique sont censés répondre aux besoins de la majorité.²²³

²²² *Rapport Macdonald, supra* note 16; Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65.

²²³ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 35.

Ces derniers sont méfiants d'un système qui semble accessible à un profil sociodémographique type. Au Canada, ces utilisateurs majoritaires ont historiquement été des citoyens de race blanche, de sexe masculin, d'âge moyen, de classes moyennes et supérieures, anglophones ou francophones.²²⁴ Tout profil sociodémographique s'éloignant un tant soit peu du profil type provoque l'apparition de barrières à l'accès. Les barrières subjectives reposent donc dans l'attitude et la perception subjective des individus face au système judiciaire. Elles s'intéressent à la conscience des individus. Le sujet de droit est au centre de l'analyse. C'est la relation entre le sujet de droit et le système de justice qui retient l'attention. L'analyse de l'efficacité du système en tant que tel est une préoccupation de moindre niveau.

Les barrières sociologiques et psychologiques

Les barrières sociologiques et psychologiques s'intéressent aux citoyens et aux groupes sociaux qui sont plus vulnérables que d'autres d'être exclus de l'accès à la justice.²²⁵ Ces barrières proviennent donc des perceptions subjectives de ceux qui sont exclus, mais aussi de la marginalisation sociale qui est imposée à ces groupes par les membres du courant sociétal dominant. L'accès à la justice n'est pas distinct des autres enjeux sociaux. Il est possible de constater que les groupes marginalisés dans le cadre de l'accès à la justice sont les mêmes que pour d'autres domaines, tels que les utilisateurs du système de soins de santé. Le plus souvent les problèmes d'accès à la justice sont des problèmes de perception et de formulation. Les problèmes d'absence d'accès qui peuvent être formulés comme étant un reflet d'obstacles surgissent uniquement quand un problème a déjà été perçu comme problème juridique et qu'un engagement a été pris de le régler par l'entremise du système officiel de justice. Pour plusieurs, c'est précisément la caractérisation d'un problème comme problème juridique qui est le principal obstacle à l'accès.²²⁶

²²⁴ Macdonald, « La justice », *supra* note 107 à la p 51; Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 35. Voir aussi : Constance Backhouse, « Qu'est-ce que l'accès à la justice ? », dans Julia Bass, William A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005, 137 à la p 138.

²²⁵ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 35.

²²⁶ *Ibid* à la p 36.

2.2 Les cinq vagues : de la modernité à la postmodernité

En arrière-plan de la description de Macdonald de l'évolution de l'accès à la justice se trouvent les transformations qu'a subies le droit au cours de la même période et de différentes conceptions de la justice. Alors que les trois premières vagues semblent correspondre davantage à une vision moderne du droit, les deux dernières paraissent présenter des caractéristiques du droit postmoderne.

L'ère de la modernité est marquée par l'apparition d'une forme d'organisation politique nouvelle qu'est l'État. L'État moderne se caractérise par un ensemble de valeurs nouvelles, construites autour de deux pôles essentiels.²²⁷ D'une part, le culte de la Raison, qui remplace la soumission aux lois de la Nature ou aux ordres divins. D'autre part, le primat accordé à l'Individu, placé au centre de l'organisation sociale et politique. Les caractéristiques essentielles du modèle étatique ne seront ainsi que la traduction des valeurs sous-jacentes à la modernité :

l'institutionnalisation du pouvoir, c'est-à-dire l'inscription du pouvoir dans un cadre général et collectif qui dépasse la personnalité contingente des détenteurs; la production d'un nouveau *cadre d'allégeance*, la « citoyenneté » étant conçue comme un lien exclusif, incompatible avec l'existence d'allégeances parallèles ou concurrentes; l'établissement du *monopole de la contrainte*, l'État étant censé, dans l'espace des « frontières » délimitant le champ de sa « souveraineté », être l'unique source du droit et le seul habilité à faire usage des moyens de coercition; la consécration d'un *principe fondamental d'unité*, unité des valeurs résultant de l'appartenance à une sphère publique posée comme distincte du reste de la société, unité de l'appareil chargé de mettre en œuvre la puissance de l'État.²²⁸

Charles Taylor souligne que la modernité a produit trois malaises essentiels : l'individualisme a conduit à la « perte de sens », traduit par la disparition des idéaux et le repliement sur soi; la primauté de la « Raison instrumentale » a conduit à l'éclipse des fins, le seul étalon qui prévaut désormais étant celui de l'efficacité maximale; enfin, la « perte de liberté » résulte du sentiment d'impuissance que ressent l'individu-citoyen pris

²²⁷ Chevallier, « L'État post-moderne », *supra* note 43 à la p 16.

²²⁸ *Ibid* aux pp 16-17.

dans l'état du marché et de l'État.²²⁹ Le postulat selon lequel l'évolution sociale apparaît comme étant dictée par les seules lois de la Raison est remis en cause par l'incertitude et l'imprévisibilité. De plus, l'individualisme, emblématique de la modernité, prend de nouvelles formes. On assiste à une « absolutisation du moi »²³⁰, chacun entend désormais construire librement son identité personnelle, en échappant aux déterminismes sociaux et aux cadres de référence préétablis. Le modèle étatique de la modernité fait place à « un type d'engagements, plus discontinus et plus volatiles, mais passant une plus grande implication personnelle »²³¹. Ce basculement des sociétés contemporaines représente l'émergence d'un État postmoderne, caractérisé de manière particulière par une crise générale des institutions²³² et des valeurs de la modernité. Face à une perte de transcendance du politique et à sa dissolution dans le social, les individus se trouvent laissés de plus en plus à eux-mêmes pour construire une identité leur permettant de s'auto-définir et de s'auto-réaliser.²³³ La dynamique postmoderne qui agite les sociétés contemporaines semble traverser simultanément, et dans un même mouvement, aussi bien le droit que l'État. Comme le souligne Chevallier, « partie prenante à la construction de la société moderne, le droit a été imprégné des valeurs sous-jacentes à cette modernité; et il ne peut manquer de subir en retour le contrecoup de la crise de la modernité, qui ébranle ses fondations et perturbe son agencement ».²³⁴ Le droit comme production sociale serait donc indissociable d'un certain état de la société. Ainsi, « à l'émergence d'un État postmoderne correspond inévitablement l'avènement d'un droit-postmoderne ».²³⁵

Selon Jacques Chevallier, « le droit postmoderne est conçu essentiellement comme un droit pragmatique, sous-tendu par une volonté d'action sur le réel; cette préoccupation d'efficacité modifie en profondeur la conception traditionnelle de la normativité : à la

²²⁹ Charles Taylor, *Le malaise de la modernité*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2015; Charles Taylor, *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992.

²³⁰ Chevallier, « L'État post-moderne », *supra* note 43 aux pp 19 et 105.

²³¹ Chevallier, « L'État post-moderne », *supra* note 43 à la p 105. Voir aussi : Isabelle Sommier, *Les nouveaux mouvements contestataires*, Flammarion, Coll. Dominos, Paris, 2001.

²³² François Dubet, *Le déclin de l'institution*, Paris, Éd. du Seuil, coll. L'épreuve des faits, 2002.

²³³ Gilles Lipovetsky, *L'ère du vide. Essai sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983 aux pp 80-86; Robert Bellah *et al.*, *Habits of the Heart : Individualism and Commitment in American Life*, Berkeley, University of California Press, 1985 aux pp 334-336.

²³⁴ Chevallier, « L'État post-moderne », *supra* note 43 à la p 90.

²³⁵ *Ibid* à la p 89.

rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité »²³⁶. Ce droit apparaît comme un « autre droit »²³⁷ s'éloignant de la conception classique du droit basée notamment sur la raison et le droit réglementaire; succédant au droit « abstrait, général et désincarné »²³⁸ exprimant la transcendance étatique, mais caractérisé par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte des sociétés qu'il prétend régir.²³⁹

Pour André-Jean Arnaud, le postmoderne présenterait une « image inversée » des « signes distinctifs de la modernité juridique » : à l'abstraction de la modernité, on opposerait le pragmatisme de la postmodernité; le subjectivisme au décentrement du sujet; l'universalisme au relativisme; l'unité de la raison à la pluralité des rationalités; l'axiomatisation aux logiques éclatées; la simplicité à la complexité, etc.²⁴⁰

Selon Macdonald, en matière juridique, le postmodernisme repose sur trois postulats.²⁴¹ Premièrement, le rejet de toute notion d'objectivité. En ce sens, rien n'est plus déterminé de façon définitive et fixe : tout est relatif et les différentes idéologies et croyances sont prises en compte dans la construction du monde social. Deuxièmement, le rejet des absolus et des concepts transcendants. Les idées autrefois considérées comme universelles et indéniables sont remises en question. Les différences de classe, de sexe, de religion, d'ethnie, d'âge, de capacité physique et intellectuelle font en sorte que ces idées se montrent particulières et contingentes. Troisièmement, le rejet de l'objectivité de la langue et des institutions qui en dépendent. Autrement dit, les textes, même les textes juridiques, n'ont pas de sens précis qui s'établit indépendamment du sens donné par l'usager. Les mots ont pour seule finalité de cacher des rapports de pouvoir et de force des élites d'une société dans une méthodologie institutionnelle d'interprétation qui paraît objective.

²³⁶ *Ibid* à la p 123.

²³⁷ Gérard Timsit, « Les deux corps du Droit: essais sur la notion de la régulation » (1996) *Revue française d'administration publique* 375 à la p 377.

²³⁸ Chevallier, « L'État post-moderne », *supra* note 43 à la p 123.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ André-Jean Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, Paris, 1998 à la p 51 [Arnaud, « Entre modernité »].

²⁴¹ Macdonald, « Accessibilité », *supra* note 210 aux pp 476-477.

Alors que le droit moderne est conçu comme un ordre de contrainte, auquel tous sont tenus de se soumettre, cette dimension contraignante tend à s'estomper avec la postmodernité juridique. On assiste alors à l'émergence d'une conception différente du droit, marquée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité. Le postmodernisme a voulu prendre ses distances de l'État. À l'État il préfère, comme lieu de régulation douce, les communautés chaleureuses, les petits groupes de proximité.²⁴² Il suffit aussi de penser aux modes alternatifs de résolution des conflits, notamment à la médiation, et à la justice informelle. Suivant une telle conception du droit, les bénéficiaires sont parties prenantes à l'élaboration du droit. Le droit devient un droit négocié, s'accomplissant par une pluralité de pratiques individuelles. Suivant ce sens, le droit n'est pas autant un fait social qu'une construction sociale.²⁴³ La postmodernité pose l'individu, titulaire de droits subjectifs, comme la figure centrale de l'univers juridique. Ainsi, « la postmodernité tend donc à la reconstruction d'un nouvel ordre, à partir d'un pluralisme et d'une diversité assumés »²⁴⁴.

L'étude du droit dans une perspective postmoderne permet d'illustrer en quoi l'idéologie de la modernité ne semble plus soutenable aujourd'hui comme hypothèse pour penser le droit avec la sociodémographie des sociétés contemporaines. Selon Karim Benyekhlef, « l'inadéquation du droit moderne à plusieurs facettes des réalités contemporaines [...] s'explique notamment par son incapacité de gérer la pluralité, à accepter la diversité des sources de la production de la norme. »²⁴⁵ De plus, selon le professeur Paul Eid, « [...] on peut dire que le caractère universel et formel du droit étatique moderne était voué à être érodé dès lors que le sujet de droit abstrait des Lumières s'actualisait dans un rapport institutionnel avec l'État, et donc en tant qu'acteur social dont les droits se devaient d'être contextualisés et définis sur mesure. »²⁴⁶ Plusieurs constats ont été faits lors de l'ère moderne dont le fait « that law in modern society is plural rather than monolithic, that it

²⁴² Jean Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », 2004 à la p 146 [Carbonnier, *Sociologie*].

²⁴³ Roderick A. Macdonald, « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées » (2003) 33 RDUS 133 à la p 135 [Macdonald, « L'hypothèse »].

²⁴⁴ Chevallier, « L'État post-moderne », *supra* note 43 à la p

²⁴⁵ Benyekhlef « Une possible histoire de la norme », *supra* note 58 à la p 36.

²⁴⁶ Paul Eid, « Entre modernité et postmodernité : la Cour Suprême canadienne et la notion de discrimination inscrite dans la Charte des droits et libertés (1986-1993) » (2001) 33:1 *Sociologie et sociétés* 205 à la p 219 [Eid, « Entre modernité »].

is private as well as public in character and that the national (public, official) legal system is often a secondary rather than a primary locus of regulation »²⁴⁷. En ce sens, la théorie du pluralisme juridique caractérisée par la pluralité juridique, « concept clé dans la vision postmoderne du droit »²⁴⁸, paraît plus révélatrice du phénomène juridique que le positivisme juridique et plus utile pour comprendre le droit et ses possibilités dans les pays qui sont démographiquement hétérogènes.²⁴⁹ Roderick A. Macdonald reconnaît d'ailleurs que la philosophie postmoderne jette une certaine lumière sur la problématique de l'accessibilité à la justice.²⁵⁰

Suivant ce sens, il semble que la société pluraliste dans laquelle nous vivons commande d'élargir la notion d'accès à la justice en matière de droits de la personne. La multiplicité des droits, des conflits et des différences culturelles présente dans nos sociétés rend difficilement possible le concept traditionnel de justice qui veut qu'un système de justice unique et universel permette un accès égal à la justice. L'universalité du système de justice semble insuffisante pour garantir une justice accessible à tous. Par conséquent, si l'on accepte la prémisse selon laquelle les sociétés contemporaines tendent à être pluralistes à des degrés différents, l'accès à la justice doit, dès lors, être conçu ou compris selon une conception pluraliste. Les préceptes du pluralisme juridique présentant une situation d'internormativité c'est-à-dire faisant interagir une multiplicité de sources et de formes d'application du droit, le pluralisme juridique s'avère alors une théorie pertinente afin d'étudier la notion d'accès à la justice et l'évolution de sa réflexion puisqu'il permet d'éclairer les fondements du discours des auteurs et des acteurs à ce sujet et de donner une conception de l'accès à la justice correspondant davantage aux réalités d'aujourd'hui.

2.3 Les différentes conceptions du pluralisme juridique

Dans son sens général, le pluralisme juridique désigne l'existence d'une pluralité d'ordres juridiques pouvant être appliqués à une même situation. Le pluralisme juridique

²⁴⁷ Marc Galanter, « Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law » (1981) 19 *Journal of Legal Pluralism* 1 à la p 20.

²⁴⁸ Bouaventura de Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception postmoderne du droit » (1988) 10 *Droit et Société* 363 à la p 382 [de Sousa Santos, « Droit »].

²⁴⁹ Macdonald, « L'hypothèse », *supra* note 243 à la p 136.

²⁵⁰ Macdonald, « Accessibilité », *supra* note 210 à la p 477.

représente une doctrine qui critique le monopole de l'État dans la formation du droit et réclame une décentralisation de l'activité légiférante, une multiplication des sources.

Déjà, au Moyen Âge, l'Europe avait connu une longue période pluraliste. À cette époque, chaque espace social était une bigarrure de systèmes juridiques : coutumes, locales ou régionales, droit romain et droit canonique, chartes municipales, statuts de corporations; autant de systèmes concurrents. La reconnaissance de cette pluralité de normes s'est en quelque sorte estompée avec l'arrivée de l'ère moderne où dans la pensée positiviste libérale, l'État est défini comme l'organisation politique centrale de la société. L'idéologie juridique de la modernité, c'est-à-dire l'idéologie provenant des trois grandes révolutions politiques des XVIIe et XVIIIe siècles (celle de l'Angleterre en 1688, celle des États-Unis en 1776 et celle de la France en 1789), se construit autour de trois postulats. Elle veut : « (1) que le droit soit uniquement rattaché à l'État politique (c'est le présupposé du centralisme); (2) qu'un seul ordre juridique puisse correspondre à un seul espace géographique (c'est l'hypothèse du monisme); et (3) que le droit soit toujours le produit d'une activité explicite des institutions telles que les législatures (c'est le postulat du positivisme) »²⁵¹. L'ordre juridique de l'État s'affirme à la fois comme souverain et d'application universelle. En cas de conflit avec les normes des autres ordres normatifs (religion, morale, coutume), les normes étatiques officielles ont préséance. Selon le principe de la primauté du droit (« Rule of law »), les règles de droit ont priorité sur toutes les autres normes ou règles de conduite et requiert de l'État et de ses agents une adhésion stricte à ses prescriptions. Le pluralisme juridique est élaboré dans une large mesure en opposition directe avec cette conception dogmatique du droit. Tel que le souligne Jean-Guy Belley : « [l]'idée—mais non le concept, plus tardif—apparaît au début du XXème siècle, forgée par des juristes contestataires opposés au positivisme formaliste alors dominant, et attirés par la sociologie et l'anthropologie du droit »²⁵². Ce premier pluralisme juridique, qui s'inscrit dans la mouvance du réalisme juridique, mais avec la particularité de remettre en question la centralité de l'État dans la production des règles de droit, va contribuer au renouveau de la doctrine et favoriser le développement

²⁵¹ Macdonald, « L'hypothèse », *supra* note 243 à la p 139.

²⁵² Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit » (2011) *Canadian journal of law and society*, 26:2 257 aux pp 275-276 [Belley, « Le pluralisme juridique »].

de la sociologie du droit, sans toutefois parvenir à ébranler durablement la position dominante du positivisme chez les juristes.²⁵³ Ce n'est que lors de la seconde moitié du XXe siècle, qu'est née une doctrine du droit « en phase avec la domination impersonnelle qu'exercent sur la société contemporaine les ordres juridiques pluriels, lesquels émanent des grandes organisations, économiques en particulier »²⁵⁴. Le pluralisme juridique a ainsi été abordé suivant les perspectives juridique et sociologique du droit. Pour le juriste, le droit est le sujet de sa réflexion alors que le sociologue, lui, aborde le droit comme un objet de réflexion.²⁵⁵ C'est dans la sociologie et l'anthropologie du droit que l'idée de pluralisme juridique a trouvé sa première terre d'élection.²⁵⁶

L'essor du pluralisme juridique est relié au processus d'institutionnalisation de la sociologie du droit dans le champ scientifique. En effet, les principaux fondateurs européens de la sociologie du droit tels que Eugen Ehrlich, Leon Petrazycki et Georges Gurvitch, ont tous admis l'idée du pluralisme juridique, bien qu'en lui accordant une importance théorique inégale. L'histoire du pluralisme juridique depuis le début du XXe siècle semble être inséparable de l'histoire du droit étatique. La notion du pluralisme juridique émerge et évolue donc en fonction du phénomène d'étatisation du droit au sein des sociétés occidentales. C'est en opposition avec une emprise centralisatrice de l'État sur l'accomplissement des activités législative, judiciaire et répressive que les fondateurs européens de la sociologie du droit se sont intéressés davantage au pluralisme juridique. Ils remettent en question l'idéologie du centralisme juridique où le droit est et devrait être celui de l'État. Selon eux, la réalité sociale du droit s'exprime aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'État. Tel que le souligne le professeur Guy Rocher, « la perspective sociologique étend la notion du juridique à des formes de régulation qui n'entrent pas dans le champ juridique du juriste, à la fois pour mieux analyser des phénomènes sociaux dans cette perspective et pour mieux mettre en lumière les rapports d'interaction entre les faits sociaux et le droit étatique. La notion d'ordre juridique, entendue dans ce sens, forme

²⁵³ *Ibid* à la p 276.

²⁵⁴ *Ibid*.

²⁵⁵ Guy Rocher oppose les notions de sujet et d'objet dans : *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996 à la p 52.

²⁵⁶ Belley, « Le pluralisme juridique », *supra* note 252 à la p 257. Voir aussi : Jean-Guy Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) XVIII *Sociologie et sociétés* 11 [Belley, « L'État et la régulation »].

le pivot central de cette perception étendue du phénomène juridique »²⁵⁷. Ainsi, la sociologie du droit conçoit le droit dans son sens le plus large, complexe, ouvrant le concept à de nouvelles formes de normativité, notamment en dissociant le droit de l'État. Suivant ce sens, il paraît moins nécessaire de qualifier le droit, de le circonscrire précisément. C'est un droit replacé dans son contexte social, politique, économique, mis en perspective.²⁵⁸ Tel que le souligne François Ost, il s'agit d'un point de vue externe.²⁵⁹

Dans le contexte d'émergence de la sociologie du droit, la notion de pluralisme juridique s'entendait comme la défense de la thèse d'une étatisation incomplète du droit, de l'existence du droit en dehors de l'État et de l'incapacité de la conception dominante chez les juristes à exprimer adéquatement la réalité du droit.²⁶⁰ Trois thèses fondamentales furent historiquement associées à l'idée du pluralisme juridique : 1) l'État n'a pas le monopole du droit; 2) le droit n'est pas d'abord œuvre rationnelle; 3) le fondement du droit n'est pas la liberté individuelle, mais la solidarité sociale.²⁶¹ Ces thèses illustrent à quel point la problématique scientifique du pluralisme juridique est directement influencée par l'évaluation du phénomène historique d'étatisation du droit et par la conception de l'évolution politique souhaitable pour les sociétés occidentales. Bref, de manière générale, les doctrines pluralistes interrogent ce mythe de l'unité du droit : elles tendent à relativiser le rôle étatique dans la production des normes.

Selon que les auteurs s'identifient à telle ou telle période du développement de la sociologie du droit, selon que leur formation académique soit à dominante juridique ou sociologique, selon qu'ils s'inspirent de tel ou tel courant de la pensée sociologique, il est possible de noter une grande diversité des conceptions du pluralisme juridique. Nous présenterons brièvement les conceptions qui sont les plus marquantes dans la littérature.

²⁵⁷ Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 C de D 91 à la p 120 [Rocher, « Pour une sociologie »].

²⁵⁸ Emmanuelle Bernheim, « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », (2011) 67 RIEJ 1 à la p 3.

²⁵⁹ François Ost et Michel van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans François Chazel et Jacques Commaille, dir, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991, à la p 73.

²⁶⁰ Arnaud, « Entre modernité » *supra* note 240.

²⁶¹ Belley, « L'État et la régulation », *supra* note 253 à la p 14.

Eugen Ehrlich est tenu par beaucoup pour le fondateur véritable de la sociologie du droit. L'avant-propos de son ouvrage *Grundlegung der Soziologie des Rechts* paru en 1913²⁶² le démontre bien. En voici quelques lignes : « Le centre de gravité du développement du droit, à notre époque comme à toutes les époques, ne réside ni dans la législation ni dans la science juridique ou dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même »²⁶³. Suivant ce sens, « la sociologie juridique rejette cette identité fondamentale du droit à quelques-unes de ses sources formelles »²⁶⁴. Ehrlich insiste sur cette idée qu'il existe un ordre social pacifique et spontané, non contentieux, qui se forme par un libre aménagement des volontés individuelles ou collectives (celles des groupements particuliers) qu'il appelle le « droit vivant ».²⁶⁵ Le « droit vivant » est un cadre pour l'organisation des relations sociales. Sa source se trouve dans l'ensemble des différentes sortes d'associations sociales dans lesquelles les personnes coexistent. Son essence n'est pas les conflits et les litiges, mais la paix et la coopération. Pour Ehrlich, les sources de l'autorité du droit sont plurielles et dans la mesure où certaines de ces sources sont d'ordre politique et d'autres culturelles, elles peuvent entrer en conflit. Ce ne sont pas toutes les normes d'associations sociales qui devraient être considérées comme la loi. Il établit une distinction entre les normes de décision et les normes sociales ou de conduite. C'est ainsi qu'il note que les théories juridiques antérieures qui reconnaissent le droit comme un

²⁶² Eugen Ehrlich, *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936 (version originale : *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München, Duncker 1913).

²⁶³ Eugen Ehrlich cité par Jean Carbonnier, *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, 10^e édition à la p 23 [Carbonnier, *Flexible droit*]. Cette citation a été reprise à maintes reprises dans la littérature notamment par Pierre Bourdieu dans « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, 3 à la p 14 : S'intéressant à l'élaboration du droit et à sa transformation, Bourdieu souligne que : « [I]a propension à appréhender des systèmes de relations complexes de manière unilatérale (à la façon des linguistes qui cherchent dans tel ou tel secteur de l'espace social le principe du changement linguistique) conduit certains à renverser purement et simplement, au nom de la sociologie, le vieux modèle idéaliste de la création juridique pure (qui a pu être simultanément ou successivement située, au fil des luttes au sein du corps, dans l'action des législateurs ou des juristes ou, avec les publicistes et les civilistes, dans les arrêts de la jurisprudence) : « Le centre de gravité du développement du droit, à notre époque (...), comme en tout temps, ne doit être cherché ni dans la législation, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, mais dans la société elle-même ».

²⁶⁴ Carbonnier, *Flexible droit*, *supra* note 263 à la p 22.

²⁶⁵ Dominique Terré, « Le pluralisme et le droit », (2005) *Arch. phil. droit* 69 à la p 76 [Terré, « Le pluralisme »].

ensemble de lois et de jugements ont donné une vue insuffisante de la réalité juridique d'une communauté.²⁶⁶

Leon Petrazycki est plus rompu au droit privé. Il offre des exemples de normes qui se trouvent en dehors de l'État comme les règles de jeux, les codes sportifs, la loi du milieu, la discipline des enfants, l'ordre des établissements psychiatriques, les réciprocités entre amis, entre amants, etc.; autant de systèmes de normes qui entrent en concurrence avec le système juridique global. Petrazycki appelle ces normes le « le droit inofficiel ».²⁶⁷

Georges Gurvitch recense, dans les sociétés contemporaines, la présence d'innombrables centres générateurs de droit, des sources autonomes où le droit jaillit spontanément. Gurvitch insiste sur la spontanéité : c'est que, pour lui comme pour Ehrlich et les adeptes du droit libre, le pouvoir juridique par lequel le droit est créé réside non dans l'État, mais dans les faits normatifs, au cœur de la vie sociale. Certains auteurs²⁶⁸ qualifient la conception du pluralisme juridique de Gurvitch de plus radicale en ce sens qu'elle accorde aux droits non étatiques une importance centrale et parce qu'elle s'oppose vigoureusement à l'orientation rationaliste et individualiste du positivisme juridique libéral. Pour Gurvitch, le droit s'exprime fondamentalement par une « expérience spontanée et intuitive du sentiment de justice »²⁶⁹. Son pluralisme a une coloration politique : il est antiétatique. Il admet que le droit n'a pas besoin de l'État. C'est au sein des communautés qu'il voit surgir le juridique. L'expérience juridique est donc une expérience essentiellement collective. Le droit individuel n'est légitime que s'il reste compatible avec le droit social de la collectivité.²⁷⁰

Dit brièvement, le droit auquel s'intéresse la sociologie, c'est le discours juridique dans tout le contexte des appareils ou des agents qui le créent, l'interprètent et l'appliquent. Un concept est alors nécessaire pour recouvrir cet ensemble, ce « droit en action », ce « droit vivant », la notion de droit positif étant trop limitée pour rendre compte de cette totalité. Le pluralisme juridique permet ce dépassement. Ces premières réflexions sur le

²⁶⁶ Voir de manière générale : Marc Hertogh, *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, 2009.

²⁶⁷ Belley, « L'État et la régulation », *supra* note 253 à la p 13.

²⁶⁸ Voir notamment Belley, « L'État et la régulation », *supra* note 253 aux pp 14-15 et Terré, « Le pluralisme », *supra* note 265.

²⁶⁹ *Ibid.*

²⁷⁰ Belley, « L'État et la régulation », *supra* note 253 à la 14.

pluralisme juridique, suivant une perspective sociologique, ont donné lieu à une approche théorique du droit fondée sur le pluralisme juridique qui a intéressé plusieurs penseurs.

Jusqu'à récemment, la théorie du droit reposait sur le monisme et le positivisme. Selon Hans Kelsen, « une construction moniste a un caractère inévitable »²⁷¹. Dans le monisme kelsénien « droit » et « État » ne représentent qu'une seule et même chose. L'État, selon cette doctrine traditionnelle, incarne l'idée même de droit. Le droit n'existe que sous la forme d'un système unique et universel. La souveraineté de l'État est prédominante. L'État est celui qui décide de l'ordre juridique et ce sont les règles émises par ce dernier qui sont reconnues comme étant le droit en vigueur sur son territoire. Autrement dit, « le droit n'existe à titre de règle obligatoire, qu'à partir du moment où l'État, par ses organes qualifiés, l'aura érigé en loi d'État »²⁷². L'État s'assure de la cohérence et de l'application uniforme de son ordre juridique par le recours à la loi comme première source formelle du droit étatique. Les droits autres que ceux provenant de l'État doivent rester à l'extérieur du système juridique et ils ne peuvent être qualifiés véritablement de droit, tout au plus de *sous-droit*²⁷³. Les droits sont ainsi hiérarchisés. L'État tend à devenir « l'ordre juridique total »²⁷⁴ qui intègre et ramène à lui tous les autres. Suivant ce sens, « la perspective positiviste offre bien peu de place à une véritable prise en compte des besoins, intérêts des parties, au départ de leurs valeurs ou d'autres normativités »²⁷⁵. Le pluralisme juridique procède d'une vue toute opposée : le droit est essentiellement multiple et hétérogène.

Ce changement fondamental de l'idéologie juridique dominante vers la reconnaissance d'une approche théorique du pluralisme juridique en droit provient de la transformation de l'État lors de la seconde modernité. Alors que sous l'empire de l'ancienne théorie des sources du droit, une doctrine du pluralisme juridique ne pouvait être qu'une conception antinomique, subalterne ou insatisfaisante de la juridicité, le droit proprement dit accepte

²⁷¹ Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962 à la p 431.

²⁷² Jean Dabin, *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1969 à la p 24.

²⁷³ Carbonnier, *Sociologie*, *supra* note 242 à la p 360.

²⁷⁴ Hans Kelsen, *supra* note 270 à la p 238.

²⁷⁵ Lalonde, « La Conférence de règlement à l'amiable », *supra* note 53 à la p 330.

désormais de se conjuguer avec des normativités différentes de lui qui acquièrent ainsi une sorte de juridicité par alliance.²⁷⁶

Tout d'abord, une première version du pluralisme juridique se contente d'affirmer le pluralisme du droit étatique. Il est alors question du pluralisme infra-étatique. Cette doctrine rejette le « postulat dogmatique qui fait présumer l'unicité ou l'uniformité des cas juridiques prévues et appliquées par l'État pour régir l'activité des justiciables ».²⁷⁷ Il est question de « l'existence simultanée au sein d'un même ordre juridique, de règles de droit différentes s'appliquant à des situations identiques »²⁷⁸. Cette conception du pluralisme juridique est justifiée par l'injustice ou l'inefficacité que provoque une application uniforme du droit. Ainsi, des règles spécifiques peuvent être élaborées pour différents domaines, par exemple, pour les personnes d'âge mineur, les commerçants ou les militaires. Par exemple, on ne saurait appliquer aux mineurs les mêmes règles juridiques relatives au contrat qu'au majeur.²⁷⁹ De même, il semble qu'un cadre juridique distinct pour les minorités ethniques et culturelles devrait être prévu afin de tenir compte du statut d'infériorité de ces groupes au regard du groupe dominant. Suivant cette conception du pluralisme juridique, c'est toujours le droit de l'État qui s'applique, mais il peut être appliqué différemment selon les circonstances ou le groupe visé par son action.

John Griffith parle alors du sens « faible » du pluralisme juridique. Cette version du pluralisme juridique ne questionne pas nécessairement les principales hypothèses du « centralisme juridique ». Suivant cette conception, la diversité du droit obéit ultimement à une intégration centrale et hiérarchique réalisée par une puissance plus ou moins légitime. Griffith décrit de la manière suivante le pluralisme juridique dans son sens « faible » : « In this ('weak') sense a legal system is 'pluralistic' when the sovereign (implicitly) commands (or the grundnorm validates, and so on) different bodies of law for different groups in the population »²⁸⁰. Griffith souligne que ce genre de pluralisme

²⁷⁶ Belley, « Le pluralisme juridique », *supra* note 252 aux pp 258-259.

²⁷⁷ Jean-Guy Belley, « Pluralisme juridique » dans André-Jean Arnaud dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1993, 300 à la p 301.

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ Jacques Vanderlinden, « Le pluralisme juridique, essai de synthèse » dans John Glissen, dir, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 19 à la p 19.

²⁸⁰ John Griffith, « What is legal pluralism? », (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law* 1 à la p 5 [Griffith, « What is legal pluralism? »].

juridique est souvent lié à des régimes constitutionnels, tel que le fédéralisme. Ce faisant, le droit semble continuer de se référer, ultimement, à l'autorité étatique.

À cette version « faible » du pluralisme juridique s'oppose la version « forte » qui reconnaît la coexistence de plusieurs ordres normatifs avec des sources d'autorités différentes.²⁸¹ D'ailleurs, la distinction entre pluralisme juridique et pluralisme normatif est parfois proposée afin d'éviter de considérer toute normativité comme étant juridique.²⁸² Dans le sens « fort », le pluralisme juridique considère le « centralisme juridique » comme un « myth, an ideal, a claim, an illusion ».²⁸³ Suivant ce sens, le droit étatique représente une forme de loi légitime parmi de nombreuses autres. Griffith décrit ainsi cette conception du pluralisme juridique : « Legal pluralism in the strong sense is a situation in which not all law is state law nor administered by a single set of state legal institutions, and in which law is therefore neither systematic nor uniform. »²⁸⁴

De la sorte, une deuxième version du pluralisme juridique vise la « coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques distincts qui établissent ou non entre eux des rapports de droit »²⁸⁵. Il s'agit du pluralisme extra-étatique. En effet, l'individu appartient simultanément à plusieurs réseaux, et à cette pluralité de réseaux correspond une pluralité de systèmes juridiques plus ou moins agencés entre eux. L'une des questions cruciales qui traverse ce courant consiste en l'analyse des relations juridiques qui unissent ces différents ordres et principalement celles qui envisagent la coexistence d'un ordre non-étatique avec le droit étatique. Selon Santi Romano, le problème est alors de caractériser les rapports d'un ordre juridique avec un autre et principalement ceux des ordres juridiques non étatiques avec celui de l'État.²⁸⁶ Cette conception du pluralisme juridique s'oppose au monisme juridique où il ne peut y avoir qu'un seul ordre juridique correspondant à un seul espace géographique. Elle suppose que l'État n'est pas la seule instance productrice de normes juridiques et qu'il existe alors des ordres juridiques

²⁸¹ Rocher, « Pour une sociologie », *supra* note 257.

²⁸² Voir notamment : Louise Lalonde, « La médiation, une approche «internormative» des différends? Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald » (2002-2003) 33 R.D.U.S. 97 [Lalonde, « La médiation »].

²⁸³ Griffith, What is legal pluralism?, *supra* note 280 à la p 4.

²⁸⁴ *Ibid* à la p 5.

²⁸⁵ Jean-Guy Belley, « Pluralisme juridique » dans André-Jean Arnaud dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1993, 300 à la p 301.

²⁸⁶ Santi Romano, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002.

distincts de l'État donnant lieu à l'internormativité. Cette dernière se définit comme les rapports et relations entre des ordres juridiques distinct et représente, selon de Sousa Santos, la contrepartie phénoménologique de la pluralité juridique, ce qui fait qu'elle est le deuxième concept-clé d'une conception postmoderne du droit.²⁸⁷ De Sousa Santos emploie le terme « interlégalité » en se référant à l'existence d'une « légalité poreuse ou de porosité juridique où de multiples réseaux d'ordres juridiques nous forcent constamment à des transitions ou à des empiètements. Notre vie juridique se caractérise par le croisement de différents ordres juridiques, c'est-à-dire, l'interlégalité. » Dans un même ordre d'idées, Étienne Le Roy parle de « multijuridisme » pour prendre en compte « la multiplicité des réseaux qui refaçonnent notre sociabilité » et appréhender la juridicité « comme un interface (l'interlégalité) entre des modes de régulation fondamentalement originaux »²⁸⁸.

Finalement, plus récemment, une autre approche du pluralisme juridique, plus radicale, s'est manifestée à laquelle appartiennent notamment Roderick A. Macdonald et Jacques Vanderlinden²⁸⁹. Celle-ci soutient que les hypothèses des pluralistes contemporains reposent sur une vision traditionnelle et appauvrie du droit et de ses sujets. Selon cette approche, leur conception du droit reste basée sur les préceptes du positivisme juridique puisqu'elle accorde une certaine importance à la prépondérance de l'État. Les objets particuliers du droit étatique sont utilisés en tant que critères de comparaison. En effet, c'est essentiellement par rapport au droit étatique que l'analyse des ordres non étatiques s'effectue. Selon Macdonald, le pluralisme juridique traditionnel n'est pas parvenu totalement à s'émanciper du positivisme juridique puisqu'il a établi un monisme dans chaque champ social et que même la version « forte » du pluralisme juridique a exigé à chaque ordre juridique tant de définir son champ que de revendiquer la suprématie.²⁹⁰ En

²⁸⁷ de Sousa Santos, « Droit », *supra* note 248. Voir aussi au sujet de l'internormativité : Lalonde, « Les modes de PRD », *supra* note 248.

²⁸⁸ Étienne Le Roy, « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans Andrée Lajoie et al. dir, *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997 à la p 36.

²⁸⁹ Parlant du pluralisme « essentialiste » et « non-essentialiste », Jacques Vanderlinden réfère au pluralisme juridique critique de Macdonald : « À cette dichotomie en correspondrait une seconde — qui la recouvre et à laquelle je me rallie entièrement cette fois — celle, avancée par Macdonald et Kleinhans » Voir : Vanderlinden, « Une lecture », *supra* note 209 à la p 814.

²⁹⁰ Kleinhans et Macdonald, « What is a *critical* », *supra* note 209 à la p 39.

tant que théorie du droit instrumental, Macdonald affirme que la théorie du pluralisme juridique traditionnel ne parvient pas à aborder des questions fondamentales sur la façon dont les sujets juridiques se comprennent eux-mêmes et comprennent la loi. Kleinhans et Macdonald s'expriment ainsi à ce sujet: « A critical element in a philosophical approach to comprehending law is missing if the legal pluralist attempts to debate the web of legal normativity without also addressing questions about those who spin its filaments »²⁹¹.

Le point de départ de cette réflexion s'effectue donc à partir de l'individu, qui, enserré au sein d'ordres juridiques différents, est qualifié de sujet de droit.²⁹² Tel que le souligne Macdonald, « a critical legal pluralism is a call for a more intense scrutiny of the legal subject conceived as carrying a multiplicity of identities. It takes as its starting point the assumption that all hypotheses of normativity merit consideration from a legal point of view »²⁹³. En effet, au pluralisme de la réalité correspond un pluralisme de la personne inscrite dans celle-ci. Il s'agit de tenir compte de « la pluralité des appartenances et de la diversité des modes de régulation »²⁹⁴. Un pluralisme juridique critique ou radical s'intéresse moins à l'agencement possible entre les divers ordres juridiques (ce que fait la version « forte » du pluralisme juridique) pour se pencher davantage sur la réaction des individus face à ces multiples ordres juridiques. Il offre un portrait des sujets légaux en tant que « sujets créatifs » du droit et non en tant que simples « sujets assujettis » du droit.²⁹⁵ Il se demande comment les sujets de droit contribuent à la création du droit. Il explique alors que les sujets créent le droit par la connaissance. En ce sens, la version radicale du pluralisme juridique tient pour acquis que « la connaissance est un processus de création et de maintien du réel »²⁹⁶. Les sujets deviennent alors aussi l'objet du droit. Ainsi, selon Macdonald, le droit « est mieux conçu comme une construction sociale subjective, émergeant dans l'activité et l'interaction quotidiennes. Le droit, y compris le droit étatique, n'existe que dans la mesure où les citoyens et citoyennes le reconnaissent

²⁹¹ *Ibid* aux pp 37-38.

²⁹² Jacques Vanderlinden, « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », (2000) 49 R.I.E.J. 11 à la p 25.

²⁹³ Kleinhans et Macdonald, « What is a *critical* », *supra* note 209 à la p 40.

²⁹⁴ Étienne LeRoy, « Les fondements anthropologiques et philosophiques des droits de l'Homme », (1997) Recueil des cours de la 28^e Session de l'Institut international des Droits de l'Homme 13 à la p 28.

²⁹⁵ Kleinhans et Macdonald, « What is a *critical* », *supra* note 209.

²⁹⁶ Macdonald, « L'hypothèse », *supra* note 243 à la p 141.

comme tel »²⁹⁷. Le droit est « un processus permanent, généré par nos myriades d'interactions »²⁹⁸.

Dans la perspective du pluralisme juridique radical, le soi (sujet) est inévitablement multiple; ni l'une ni l'autre des multiples personnes que nous sommes ne prédomine sur les autres en toute occasion. Au contraire, notre vécu nous permet précisément d'exprimer l'une ou l'autre de ces personnes selon les circonstances. Un même sujet peut être qualifié de citoyen par le droit étatique, de père à l'intérieur de sa famille et de professeur à son travail. L'appartenance du sujet à un certain ordre juridique s'établit en fonction de la situation dans laquelle il se trouve à un moment donné. Macdonald explique que les sujets font appel à des critères de cohérence pour s'auto-évaluer dans le contexte des diverses possibilités qui leur sont ouvertes et pour choisir l'ordre juridique qui leur convient davantage à un moment donné. « Subjects seek to explore the variety of possible worlds and possible selves that they can reflect and project. In their relations with other subjects and in their biographies of themselves, subjects evaluate how they want to live in the worlds open to them. »²⁹⁹ Ainsi, le sujet authentiquement libre décide lui-même de la conduite à tenir face à la norme et en assume les conséquences. Face à une situation où des normes entrent en conflit, c'est au sujet de construire une normativité commune puisque « the conflict itself flows only from its recognition and acknowledgment by the legal subject-self »³⁰⁰. Tel que le souligne Macdonald, « the emphasis, then, is on the constructive capacity of the constructed self »³⁰¹.

De cette manière, le droit correspond à des modèles négociés d'interaction. Il se définit comme la construction des « rapports qui se construisent à partir de nos interactions de tous les jours » et s'entend alors comme du droit du quotidien.³⁰² Suivant ce sens, les normes se construisent à partir de la réalité et des expériences vécues par les humains. Macdonald prétend que cette construction normative dans le quotidien est possible puisque « ordinary human interaction is saturated with norms and normative processes,

²⁹⁷ *Ibid* à la p 138.

²⁹⁸ Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125 à la p 6.

²⁹⁹ Kleinhans et Macdonald, « What is a *critical* », *supra* note 209 à la p 42.

³⁰⁰ *Ibid* à la p 44.

³⁰¹ *Ibid* à la p 39.

³⁰² Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125 à la p 6.

institutions, structures, and cultures ».³⁰³ À cet effet, il précise que : « [t]he norms governing ordinary encounters reveal how human beings make sense of their relationships with each other and translate these relationships into discrete, culturally determined legal forms and values. »³⁰⁴ Ainsi, comme l'écrit Belley, « le pluralisme juridique se vit dans l'existence même de chaque individu. L'interaction des normativités procède de la rencontre des individus qui en sont porteurs. Chaque personnalité est même le site d'une interaction constante entre les normativités qui correspondent à des appartenances sociales multiples. »³⁰⁵ Selon Macdonald, ce droit non officiel « permet de faire face à la plupart des imbroglios juridiques majeurs de la société et de les résoudre au mieux ». ³⁰⁶ « L'individu libéré des dogmes de l'institution est ainsi convié à se concevoir et à se comporter comme un ordre juridique souverain. »³⁰⁷ Macdonald affirme alors que le droit émerge des relations sociales.

Macdonald établit la différence entre le pluralisme juridique contemporain et le pluralisme juridique radical de la façon suivante :

Contrairement à la théorie républicaine et aux approches anthropologiques de la théorie du pluralisme, qui conçoivent le sujet de droit uniquement sous un angle passif (soit le sujet sur lequel le droit agit), la théorie radicale du pluralisme conçoit le sujet de droit également comme un acteur moral (le sujet actif qui confectionne le droit qui lui est applicable).³⁰⁸

La différence majeure entre ces deux formes de pluralisme juridique réside dans l'aspect constructiviste du pluralisme juridique critique. Selon cette approche, il n'y a pas une interprétation qui fait autorité. La loi n'est pas perçue comme des données objectives devant être appréhendées et interprétées par des experts représentant la communauté normative (par exemple les juges dans le modèle du centralisme et les doctriniens dans celui du pluralisme). Tel que l'explique Macdonald, ce faisant, le discours des experts se

³⁰³ *Ibid* au résumé de l'ouvrage, en ligne : <http://www.mqup.ca/lessons-of-everyday-law-products-9780889119130.php>.

³⁰⁴ *Ibid.*

³⁰⁵ Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald: une analyse séquentielle », dans Andrée Lajoie et al. dir, *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997 à la p 65 [Belley, « une analyse séquentielle »] .

³⁰⁶ Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125 à la p 6.

³⁰⁷ Belley, « Étudier et enseigner », *supra* note 209 à la p 419.

³⁰⁸ Macdonald, « L'hypothèse », *supra* note 243 à la p 141.

base sur ce qu'eux considèrent comme étant des données objectives, mais qui ne représentent pas nécessairement la vision des personnes touchées. En conséquence, les interprétations qui en sont dérivées présentent une évaluation monolithique de la normativité de la communauté.³⁰⁹ En effet, un pluralisme juridique critique ne cherche ni la séparation ni une éventuelle réconciliation hiérarchique de plusieurs ordres juridiques. Il reconnaît l'hétérogénéité normative tant entre des régimes juridiques présents dans le même espace géographique que dans les régimes eux-mêmes. Suivant une telle approche, le focus de la recherche scientifique sur les phénomènes empiriques des ordres normatifs est fait sur les sujets sociaux construisant ces ordres.

Par ailleurs, la version radicale du pluralisme juridique semble s'inscrire dans la philosophie postmoderne puisque « dans la société (typiquement) postmoderne, les individus tendent à induire eux-mêmes leurs droits en fonction des multiples identités et statuts que leur confère chacune de leurs insertions sociales. De plus, étant de moins en moins mis en rapport avec un cadre identitaire collectivement négocié, de tels droits sont souvent le fruit de découpages analytiques précis qui répondent aux besoins contingents et circonstanciels du moment »³¹⁰. Cependant, selon Kleinhans et Macdonald, « while legal pluralism may be a key concept in the postmodern view of law, a postmodern view of law is not a sufficient precondition to a *critical* legal pluralism. [...] Rather than beginning with the premise that society and subjects are real entities that law can treat, it investigates how narrating subjects treat law. »³¹¹.

2.4 En arrière-plan des cinq vagues : différentes conceptions du droit et de l'accès à la justice

L'évolution du mouvement de l'accès à la justice illustrée par les cinq vagues de Macdonald montre la transformation de la conception du droit au cours des dernières décennies. Il est ainsi possible de constater la présence de différentes conceptions du droit dans les vagues sur l'évolution de l'accès à la justice élaborées par Macdonald. Alors que les trois premières vagues présupposent de manière générale que le droit est rationnel,

³⁰⁹ Kleinhans et Macdonald, « What is a *critical* », *supra* note 209 à la p 40.

³¹⁰ Eid, « Entre modernité », *supra* note 246 à la p 220.

³¹¹ Kleinhans et Macdonald, « What is a *critical* », *supra* note 209 à la p 37 et 46.

c'est-à-dire qu'il provient d'une source formelle (l'État) et que seul ce droit peut arriver à régler les problèmes que les personnes rencontrent, les deux dernières vagues, quant à elles, proposent plutôt des méthodes qui donnent l'occasion de sortir du strict cadre juridique et de considérer le conflit dans une perspective plus globale. Ainsi, les parties ont la possibilité de prendre en compte la source réelle du conflit, les considérations émotives et la relation qui existe entre les personnes impliquées. L'ensemble des normes applicables, quelles que soient leur nature, pourront être prises en considération lors de la résolution du conflit. Ce faisant, les parties se retrouvent dans une situation d'internormativité, c'est-à-dire de normativité négociée.³¹² Cette façon d'appréhender un conflit redéfinit la conception classique du droit et de la justice en y incluant une multiplicité de sources et de formes d'application et d'interprétation du droit.

2.4.1 Conceptions monistes de l'accès à la justice

La première vague représente l'idée d'un accès universel à la justice. Celle-ci consiste à une image transcendante de la justice. L'accès à la justice est compris comme étant l'accès aux institutions régies par l'État. Dans cette conception de l'accès à la justice, les conflits des citoyens sont réglés par le droit qui provient d'une source formelle et rationnelle, celle édictée par l'État rejoignant ainsi l'hypothèse du monisme juridique où « le droit est un, le droit est un tout homogène, un bloc sans fissure »³¹³. Prenant appui sur les présupposés du centralisme et du positivisme, la première vague propose ainsi un accès à la justice qui se veut uniquement rattaché à l'État politique et aux institutions officielles de droit.

La deuxième vague présente la mise en place de diverses institutions non judiciaires pour traiter certains recours civils. Il est possible de penser, au Québec, à l'instauration de la Commission des droits de la personne (1975), de la Régie du logement (1980) et du Tribunal des droits de la personne (1990) qui est un tribunal administratif spécialisé³¹⁴. Même si elles sont dérivées de l'État, ces nouvelles institutions, caractérisées souvent par

³¹² Lalonde, « Les modes de PRD », *supra* note 47 à la p 27.

³¹³ Carbonnier, *Flexible droit*, *supra* note 263 à la p 18.

³¹⁴ La Cour suprême a confirmé dans l'arrêt *Saguenay* la nature administrative et spécialisée du Tribunal, *supra* note 34 aux para 37 et s.

un environnement informel, présentent un pluralisme infra-étatique puisqu'il existe maintenant une pluralité d'endroits où les citoyens peuvent aller faire valoir leurs droits. On voit alors s'opérer une certaine décentralisation de l'État puisqu'il est possible d'observer un transfert de pouvoirs de ce dernier vers des personnes morales de droit public distinctes de lui. Cependant, cette conception du pluralisme juridique dans sa version « faible », tel que décrit plus haut, ne questionne pas nécessairement les principales hypothèses du « centralisme juridique » en ce que l'État demeure le référent juridique et est seul compétent pour établir ces dernières institutions.

Dans la troisième vague, il est question de l'accès à la justice par la démythification du droit. Ainsi, la vulgarisation juridique permet de comprendre le système de justice par la connaissance ce qui fait en sorte, tel que le précise Macdonald, « que les citoyens s'intéressent au phénomène du droit - étatique et non étatique - et à son influence sur leur vie quotidienne »³¹⁵. Malgré le fait que la vulgarisation juridique peut permettre aux individus de s'entendre entre eux sans nécessairement avoir recours aux professionnels du droit et aux tribunaux, il semble plutôt qu'elle finit par accroître la dépendance aux avocats, aux tribunaux et au système officiel. En effet, l'information juridique qui est fournie aux justiciables, vise bien souvent à les orienter vers les professionnels du droit et les institutions appropriés, suivant une conception traditionnelle de l'accès à la justice. Loin de sensibiliser le système aux besoins juridiques du public, les programmes de vulgarisation juridique amènent généralement le public à penser qu'il a besoin du système. L'arrière-plan de la troisième vague consiste alors à faciliter le recours aux tribunaux. Souvent d'ailleurs, les textes juridiques qui sont vulgarisés sont ceux en matière de procédure civile qui viennent expliquer aux citoyens comment se présenter devant les tribunaux. Ceci étant dit, il est possible de conclure que la troisième vague, de manière peut-être moins dogmatique que les deux premières, relève du positivisme juridique en ce que l'accès à la justice est pensé suivant le présupposé voulant que le droit soit toujours le produit d'une activité explicite des institutions tels que les législateurs.

³¹⁵ Macdonald, « Accessibilité », *supra* note 210 à la p 476.

2.4.2 Conceptions pluralistes de l'accès à la justice

Alors que certains préceptes du pluralisme juridique sont présents dans les vagues précédentes, le réel déplacement du positivisme au pluralisme juridique s'effectue lors de la quatrième vague à telle enseigne que l'accès à la justice se définit par le rejet de l'objectivité des textes juridiques et des institutions.

La quatrième vague qui s'intéresse au droit préventif tente d'éviter le recours aux instances décisionnelles traditionnelles afin que le conflit se règle entre les personnes parties à celui-ci. De par sa nature, le droit préventif a comme objectif de régler le conflit avant qu'il ne devienne un litige. Tel que le souligne Ab Currie, « [c]ela signifie qu'il faut faire un choix entre un éventail de solutions sociales et juridiques intégrées aux problèmes de justice, le plus tôt possible au cours du processus, ainsi qu'appliquer la solution la plus efficace et appropriée à un problème donné »³¹⁶. Même si le mouvement des modes alternatifs de résolution des conflits prend son envol dans la troisième vague, c'est davantage dans la quatrième vague qu'il se définit. Le présupposé principal de cette vague repose sur la décentralisation du droit. En effet, le droit préventif ne relève pas d'une conception centraliste du droit. Au contraire, comme nous venons de le préciser, cette conception de l'accès à la justice ouvre la porte à une panoplie de modes de résolution de conflits telle que la médiation plaçant les individus au centre du processus de création et d'interprétation du droit. Ces mécanismes juridiques reflètent une conception pluraliste du droit puisque ceux-ci offrent aux citoyens les moyens de mieux comprendre et souvent de résoudre leurs conflits quotidiens que ce soit avec un membre de leur famille, un voisin, un commerçant ou un étranger sans aller jusqu'à l'adjudication et, parfois même, sans l'aide des avocats et des notaires. Macdonald souligne « qu'il vaut mieux aller directement à la source d'un problème et le régler, plutôt que de demander à un juge de trancher judiciairement le cas »³¹⁷. Currie, quant à lui, précise qu'[i]l pourrait en découler une meilleure intégration entre les activités traditionnelles d'accès à la

³¹⁶ Currie, « Surfer », *supra* note 165 à la p 43.

³¹⁷ Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125 à la p 28.

justice, dont les conseils et l'aide juridiques ainsi que la représentation par un avocat, et les formules davantage axées sur les citoyens et la collectivité »³¹⁸.

Les réflexions portant sur l'accès à la justice au courant de cette vague se penchent également sur les préoccupations reliées à l'activité législative d'organismes non publics comme par exemple, les règlements édictés par des organisations de normes privées. Il est alors question d'internormativité, concept au cœur du pluralisme extra-étatique. La conception de l'accès à la justice dans la quatrième vague semble donc prendre appui sur les paradigmes du pluralisme juridique dans sa version forte alors qu'on interroge ce mythe de l'unité du droit et qu'on relativise le rôle étatique dans la production des normes. Par ailleurs, la participation du public à l'intérieur des comités parlementaires et des audiences d'organismes administratifs relativement à l'élaboration des normes législatives ou réglementaires est reconnue dans la quatrième vague. Suivant cette approche, se dessine cette transformation du droit qui laisse place à un droit réflexif fondé sur les processus plutôt que sur les résultats; l'interpellation des acteurs dans l'élaboration et l'application de la norme étant au cœur de cette conception du droit.

S'intéressant à l'accès proactif à la justice, la cinquième vague encourage la participation des citoyens dans la résolution de leur conflit. L'accès proactif à la justice réfère ainsi à la justice participative qui favorise des méthodes axées sur la recherche de solutions par la collaboration et le consensus entre les personnes. Cette vague présente les caractéristiques essentielles d'une version radicale du pluralisme juridique. Il s'agit ici d'accès intellectuel à la justice : ce n'est plus une justice difficile à lire, ennuyeuse et détachée de la réalité. C'est la vie de tous les jours qui soulève et questionne le droit. La notion d'accès à la justice a trait dans cette vague à une conception du droit qui « comprend plus qu'un ensemble de concepts, d'institutions et d'instruments. Elle est aussi une aspiration pour la justice qui se manifeste dans toute interaction humaine »³¹⁹. Macdonald affirme que « la plupart des mécanismes de réglementation donnent les

³¹⁸ Currie, « Surfer », *supra* note 165 à la p 43.

³¹⁹ Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125 à la p 8.

meilleurs résultats lorsque ceux qui en sont touchés participent activement à leur conception et à leur fonctionnement ». ³²⁰

Par ailleurs, les barrières subjectives rejoignent certains des concepts du pluralisme juridique. Rappelons que ces obstacles ont trait aux perceptions qu'ont les justiciables des conditions d'accès à la justice et des possibilités d'obtenir justice devant les tribunaux. En effet, tout comme le pluralisme juridique « radical » ou « critique », les barrières subjectives s'intéressent à la conscience des individus. Dans les deux cas, le sujet de droit est au centre de l'analyse. C'est le sujet de droit également comme un acteur actif qui retient l'attention. Dans cette optique, l'analyse de l'efficacité du système en tant que tel est une préoccupation de moindre niveau.

2.4.3 Synthèse

L'explication qui vient d'être présentée sur le passage du positivisme au pluralisme juridique dans les cinq vagues de Macdonald montre la transformation de la conception du droit et de la justice au cours des quatre dernières décennies.

Cette démonstration d'un passage du positivisme au pluralisme juridique dans l'évolution de l'accès à la justice permet d'illustrer en quoi la conception de l'accès à la justice de Macdonald diffère de celle des auteurs des discours juridiques qui seront étudiés dans la prochaine partie de cette recherche. En effet, la posture juridique de la majorité des auteurs s'étant intéressés à la question de l'accès à la justice prend appui sur le positivisme juridique alors que Macdonald remet constamment en question cette conception classique du droit et de la justice. ³²¹ En somme, l'accès à la justice est perçu comme l'accès aux tribunaux alors qu'il devrait être considéré dans une conception plus large.

Alors que la conception traditionnelle de l'accès à la justice ne reflèterait pas la complexité et la pluralité des normes qui ressort de la société postmoderne dans laquelle nous vivons et du monde vécu, l'approche pluraliste permettrait de comprendre le sens à

³²⁰ *Ibid* à la p 20.

³²¹ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 31.

attribuer à cette notion dans le contexte approprié. L'éclairage de la notion d'accès à la justice à la lecture de la typologie des cinq vagues de Macdonald permettrait de révéler les différents sens que peut prendre l'accès à la justice selon le contexte dans lequel il est appliqué.

Le cadre théorique élaboré à partir de la typologie des cinq vagues de Roderick A. Macdonald nous permettra de saisir les différents sens que peut prendre l'accès à la justice et d'envisager une transformation du discours sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne. Le pluralisme juridique représente un élément fondamental d'arrière-plan de ce cadre théorique. Ce dernier permet de mettre en évidence les changements qu'a connus le mouvement de la réflexion sur l'accès à la justice et, du coup, permet de comprendre les hypothèses actuelles émises par les différents auteurs en la matière.

2.5 Les questions spécifiques de la recherche

De manière générale, comment les discours juridiques conçoivent-ils l'accès à la justice en matière de droits de la personne? Quelle est la conception de l'accès à la justice dans un droit postmoderne? Par ailleurs, afin de définir le plus finement possible la notion d'accès à la justice, il semble qu'il faille séparer les deux concepts composant cette notion : l'accès et la justice. La réflexion se tourne alors vers la question suivante : quel accès et quelle justice participent à un réel accès à la justice?

3 Analyse théorique des discours juridiques

Que ce soit dans la jurisprudence ou dans les discours juridiques, s'agissant à la fois des discours doctrinal et judiciaire, l'accès à la justice est généralement entendu dans son sens premier, soit comme l'accès aux tribunaux. Suivant ce sens, les travaux des juristes cherchent à trouver des solutions pratiques aux problèmes de l'accès à la justice plus qu'ils ne cherchent à se questionner sur le caractère théorique de cette notion. Ceci est d'autant plus vrai en matière de droits de la personne. L'arrêt *Ménard c. Rivet*³²² ayant limité de manière considérable l'accès au Tribunal des droits de la personne, les auteurs

³²² *Ménard c. Rivet*, *supra* note 33.

intéressés par cette question ont donc davantage réfléchi à la possibilité de permettre un accès direct³²³ au Tribunal des droits de la personne qu'à la conception de l'accès à la justice.

3.1 Les fondements des discours juridiques : entre une conception traditionnelle et élargie de l'accès à la justice

La communauté juridique s'est penchée sur la question de l'accès à la justice en matière de droits de la personne, et ce, plus particulièrement à la suite de la décision rendue dans l'arrêt *Ménard c. Rivet*. Cet arrêt et les conséquences qui ont suivies ont fait couler beaucoup d'encre. Différentes approches sont proposées par les juristes afin de surmonter les obstacles de l'accès à la justice en matière de droits de la personne. De manière générale, les auteurs proposent un renversement de l'arrêt *Ménard c. Rivet* afin de rétablir la saisine individuelle au Tribunal³²⁴, certains allant même jusqu'à suggérer de permettre un accès direct à ce dernier.³²⁵ L'accès direct au Tribunal contribuerait ainsi à rétablir la raison d'être de celui-ci et par le fait même de revenir aux intentions premières de sa création, c'est-à-dire de permettre aux citoyens d'avoir un recours utile et effectif en matière de droit à l'égalité.³²⁶ Par ailleurs, certains auteurs ont pensé le problème d'accès à la justice en ne limitant pas leur conception de cette notion à l'accès aux tribunaux. Certains proposent alors d'élargir le mandat des institutions afin que la Commission et le Tribunal aient compétence sur tous les droits protégés par la Charte et non seulement ceux rattachés à la discrimination, au harcèlement ou à l'exploitation de personnes âgées.³²⁷ Peu d'auteurs, par ailleurs, considèrent que le recours à d'autres mécanismes, tels que la médiation et le règlement à l'amiable, constituent un accès à la justice.³²⁸

³²³ Tribunal des droits de la personne, *L'accès direct*, *supra* note 29.

³²⁴ Sylvie Gagnon, « La saisine individuelle du Tribunal des droits de la personne : un recours utile et effectif », (2001) 14.2 R.Q.D.I. 189 [Gagnon, « La saisine individuelle du Tribunal »].

³²⁵ Il nous semble important d'emblée d'apporter certaines nuances entre ces deux formes de recours. La saisine individuelle représente le recours individuel d'un plaignant à la suite du refus de la Commission de saisir le Tribunal en son nom alors que l'accès direct est le recours intenté par le plaignant sans jamais passer par la Commission.

³²⁶ Eliadis, « Human Rights Tribunals », *supra* note 98; Grenier, « Pour une meilleure justice sociale », *supra* note 101; Demers, « Les tribunaux des droits de la personne », *supra* note 101.

³²⁷ Coutu, « Le Tribunal des droits de la personne », *supra* note 32; Brunelle, « Pour une restructuration », *supra* note 102.

³²⁸ Veilleux, « Quelle justice la médiation institutionnelle », *supra* note 104; Lalonde, « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu », *supra* note 101.

Ainsi, la recherche a généralement envisagé l'accès à la justice dans son sens premier soit comme l'accès aux tribunaux, les auteurs cherchant dans la réforme des institutions une solution aux problèmes d'accès à la justice.

Dans la mesure où les discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne sont porteurs de conceptions du droit et de l'accès la justice, l'intérêt de la présente recherche consiste à éclairer l'arrière-plan conceptuel des discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne en cherchant à identifier les conceptions théoriques de l'accès à la justice et du droit auxquelles ils correspondent. De cette façon, l'analyse des fondements des discours juridiques permet de montrer comment certains discours juridiques tiennent une conception traditionnelle de la notion se rattachant au positivisme juridique alors que d'autres prônent une conception plus élargie de l'accès à la justice basée sur le postpositivisme suivant différents courants tels que ceux du pluralisme juridique et de la procéduralisation du droit. Ainsi, l'analyse de l'implicite en arrière-plan des discours juridiques permet de comprendre en quoi la conceptualisation de l'accès à la justice de certains auteurs diffère de celles de Macdonald et des autres conceptions postpositivistes.

Les prochaines lignes présenteront les propos de certains juristes sur ces questions. Les conceptions dégagées par les discours juridiques seront analysées sous le regard de la typologie de Roderick A. Macdonald. Suivant cette démarche, il sera possible de faire ressortir les différents sens que peut revêtir l'accès à la justice en matière de droits de la personne et de mettre en lumière les approches du droit qui se retrouvent en arrière-plan de ces différentes conceptions.

3.1.1 Conception traditionnelle, moniste et positiviste de l'accès à la justice

Les trois premières vagues de la typologie de Macdonald correspondent à une conception traditionnelle de l'accès à la justice. Rappelons brièvement les attributs de chacune de ces vagues. La première vague consiste essentiellement à l'accès aux tribunaux et aux avocats, ce qui se traduit par des mesures visant à diminuer les coûts et les délais ainsi que par des programmes d'aide juridique. La conception est élargie dans la deuxième vague pour comprendre les questions de conception des institutions, de la performance

réelle des tribunaux, de leurs modes de fonctionnement et de leurs structures. La troisième vague, quant à elle, correspond à la démythification de la loi. Il s'agit de l'accès au droit et à la justice par la connaissance.

En arrière-plan des trois premières vagues de la typologie de Macdonald, bien qu'à des niveaux différents, se trouve la conception traditionnelle de l'accès à la justice qui prend ses fondements dans les préceptes du positivisme juridique.³²⁹ Suivant ce sens, c'est l'accès à une justice formelle, près du droit et dans la loi, qui est alors proposé. Prenant appui sur l'approche du positivisme juridique chez Kelsen, le droit est en complète distanciation à l'égard des autres normativités qui ne sont pas intégrées au droit par l'autorité de la loi, ou celle du juge comme interprète authentique de cette loi.³³⁰ Suivant la vision kelsénienne du droit, « seuls les interprètes authentiques de la loi que sont les juges peuvent dire le droit, voire donner sens à la loi. Les citoyens sont externes au droit, ils n'en sont pas les destinataires, non plus que les interprètes »³³¹. Un seul ordre juridique peut servir de cadre normatif afin de résoudre les conflits. C'est l'hypothèse du monisme juridique. Tel que le souligne la professeure Lalonde, « les théories positivistes conçoivent généralement un ordre juridique moniste ce qui signifie que le droit ne peut « provenir » que d'un seul ordre juridique, lequel pour plusieurs est étatique »³³². En considérant les présupposés du centralisme et du positivisme, le droit doit toujours être le produit des institutions officielles rattachées à l'État. Le droit n'existe que sous la forme d'un système unique et universel. Suivant cette conception, c'est à une justice définie dans son acception de lieu rendant la justice, de système de justice, à laquelle les justiciables ont ici accès. L'accès à la justice est alors compris comme étant l'accès aux institutions régies par l'État. Il est important de noter que plus l'on se rapproche de la troisième vague, moins forts sont les présupposés du centralisme et du positivisme

³²⁹ Macdonald présente les trois postulats de la théorie juridique classique (le monisme, le centralisme et le positivisme) dans Macdonald, « L'hypothèse », *supra* note 243 aux pp 139-140. Pour une analyse de l'arrière-plan conceptuel positiviste des positionnements doctrinaux portant sur la CRA, voir : Lalonde, « La Conférence de règlement à l'amiable », *supra* note 53.

³³⁰ Lalonde, « La Conférence de règlement à l'amiable », *supra* note 53 à la p 284.

³³¹ *Ibid* à la p 286.

³³² *Ibid* à la p 287.

juridique notamment puisqu'il est possible d'observer un transfert de pouvoirs de l'État vers des personnes morales de droit public distinctes de lui.

Les discours juridiques ont de manière importante traité de la problématique de l'accès à la justice en matière de droits de la personne sous cette approche traditionnelle du droit, notamment en proposant le rétablissement du recours individuel au Tribunal des droits de la personne, la possibilité de permettre un accès direct à ce dernier et, finalement, l'élargissement de la compétence du Tribunal.

3.1.1.1 Le rétablissement du recours individuel

L'arrêt *Ménard c. Rivet* est venu restreindre la possibilité du recours individuel au Tribunal. Ce faisant, les citoyens se retrouvent maintenant avec un accès très limité au Tribunal. Certains auteurs, dont Sylvie Gagnon, proposent de rétablir le recours individuel au Tribunal.³³³

Sylvie Gagnon appuie ses propos en regard du droit international. La parenté étroite qui lie la Charte à différents instruments internationaux en matière de droits de la personne conduit d'abord l'auteure à examiner la portée du recours individuel, prévu à la Charte, à la lumière du droit à un recours utile et effectif inscrit dans différents traités ratifiés par le Canada auxquels le Québec a donné son adhésion.³³⁴

L'auteure conclut que le recours à un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne s'inscrit en parfaite conformité avec les obligations internationales du Canada. De plus, elle ajoute que le recours individuel doit être pleinement rétabli parce qu'il offre aux personnes victimes d'atteintes à leurs droits fondamentaux une voie de recours qui assure, dans des délais raisonnables, l'effectivité de ces droits par des mesures de réparation complètes, efficaces et utiles ainsi qu'il préserve l'équilibre et la

³³³ Gagnon, « La saisine individuelle du Tribunal » *supra* note 324.

³³⁴ Frédéric Mégret, « : Le droit à un recours effectif en matière de discrimination : panorama du droit international et application au cas québécois » dans *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p 387 [Mégret, « Le droit à un recours effectif »].

complémentarité que l'on retrouve entre les missions et les fonctions respectives des commissions et des tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne.³³⁵

Bref, selon Sylvie Gagnon, la restitution du recours individuel au Tribunal contribuerait sans doute à rétablir la raison d'être de celui-ci et par le fait même à revenir aux intentions premières de sa création c'est-à-dire de permettre aux citoyens d'avoir un recours utile et effectif en matière de droit à l'égalité.

Cette proposition du « recours utile et effectif en matière d'égalité » rejoint la conception de l'accès à la justice prévue à la deuxième vague de la typologie de Macdonald qui consiste au remaniement de la conception institutionnelle prévue à la première vague. Autrement dit, cette vague propose de manière plus particulière une remise en question des institutions. En matière de droits de la personne, une telle remise en question a eu lieu face à l'insuffisance des tribunaux de droit commun à offrir des solutions satisfaisantes aux litiges en matière d'égalité. Nous reviendrons plus loin aux limites des tribunaux de droit commun à permettre l'effectivité des droits de la personne. Cette proposition du « recours utile et effectif en matière d'égalité » que permet, selon Sylvie Gagnon, le recours individuel au Tribunal, présuppose aussi le respect des « intérêts diffus », c'est-à-dire des intérêts de groupes sous-représentés dans la société, tels que décrit par Cappelletti et Garth à la seconde vague de leur réflexion sur l'accès à la justice.³³⁶ Afin de bien représenter les intérêts de groupes sous-représentés, cette vague amène notamment à repenser le rôle des tribunaux. Transposée au régime québécois de protection et de promotion des droits de la personne, il est possible d'observer que c'est au courant de cette vague que la Commission et le Tribunal ont notamment été créés afin d'offrir des forums spécialisés pour protéger les victimes de discrimination lesquelles font souvent partie des groupes sous-représentés. Macdonald note à cet égard, que les femmes, les personnes de couleur, les minorités racialisées, les gens des Premières nations, les immigrants, les migrants et les réfugiés et les handicapés sont sous-représentés et profitent donc moins des programmes gouvernementaux conçus pour leur venir en aide. Il est possible de faire une analogie entre cette description de groupes sous-représentés et

³³⁵ Gagnon, « La saisine individuelle du Tribunal » *supra* note 324 à la p 206.

³³⁶ *Supra* note 60.

les motifs de discrimination prévus à l'article 10 de la *Charte*. Il nous est alors possible de constater que les personnes qui se disent victimes de discrimination ont les caractéristiques de groupes sous-représentés. Macdonald précise aussi que les personnes qui ont été émotionnellement traumatisées représentent aussi un sous-ensemble de la population qui est exclu de l'accès à la justice. Par exemple, celles qui sont évitées ou mis au ban de la société par leurs voisins; celles qui ont été victimes de harcèlement dans le milieu de travail correspondent aussi au profil des victimes de discrimination qui voient leur vulnérabilité sociale considérablement augmentée et, qui à son tour, augmente l'absence d'accès.³³⁷ Tel que le souligne Macdonald, ces personnes n'ont pas un accès complet à la justice du fait qu'ils appartiennent à des groupes sous-représentés, souvent plus marginalisés.³³⁸ Certains citoyens et groupes sociaux sont donc plus vulnérables que d'autres, ce qui peut par conséquent provoquer chez eux des barrières sociologiques et psychologiques. Le remaniement des systèmes de droit et de justice, tel que prévu à la deuxième vague de la typologie de Macdonald, participe à surmonter ces barrières. Suivant cet exposé de faits, il découle de la proposition du rétablissement du recours individuel que le Tribunal des droits de la personne est une institution offrant un recours utile et effectif en matière d'égalité visant la protection des « intérêts diffus ».

Dans certains cas, les tribunaux n'hésitent pas à s'adresser au législateur ou aux institutions concernées en les invitant à réfléchir à la question de l'accès au Tribunal. C'est le cas dans l'affaire *Turenne* :

Le Tribunal se doit donc d'accueillir la requête en irrecevabilité du défendeur. Il appartient à la société civile de se saisir de la problématique et de convaincre le législateur de modifier la donne en la matière, s'il le juge opportun de le faire.³³⁹

Depuis quelques années, il est possible d'observer les tribunaux se prononcer sur les conséquences de l'arrêt *Ménard c. Rivet*. Il ressort de la jurisprudence que cette décision a créé des barrières objectives en empêchant l'accès au Tribunal des droits de la personne tout en amplifiant les barrières subjectives à l'accès à la justice qui reposent dans

³³⁷ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 38.

³³⁸ *Ibid* à la p 38.

³³⁹ *Turenne c. Québec (Procureur général) (Sûreté du Québec)*, 2007 QCTDP 30, au para 14.

l'attitude et la perception subjective des individus face au système judiciaire. C'est ainsi que l'un des effets importants de cette décision consiste en la perception des citoyens face au régime québécois de promotion et de protection des droits de la personne.

Il en est ainsi dans l'affaire *Pogan* où la juge Rivet explique qu'il n'est pas étonnant, compte tenu du libellé de l'article 84 de la *Charte*, que le plaignant ait pensé avoir un recours devant le Tribunal :

Le Tribunal comprend le sentiment d'incompréhension et d'injustice qui anime le plaignant et déplore, comme lui, l'imbroglio que pose, pour les justiciables, le libellé de l'article 84 et la jurisprudence de la Cour d'appel. [...]

Lors de l'audience, le plaignant a indiqué qu'il était important, pour les personnes qui se croient victimes de discrimination, d'avoir accès aux tribunaux afin que justice soit rendue.

Nous regrettons d'avoir à décliner compétence, mais c'est là l'état du droit.³⁴⁰

Tel que le souligne la juge et actuelle Présidente du Tribunal des droits de la personne, Ann-Marie Jones :

En ce qui concerne l'accès à la justice, compris comme l'« accès au système de justice », il semble qu'il soit difficile, encore aujourd'hui, pour un justiciable de faire valoir ses droits en matière de droits de la personne. Divers facteurs peuvent expliquer cet état des choses. Ainsi, il n'est pas toujours aisé pour un justiciable de déterminer devant quelle instance tenter son recours. En effet, plusieurs instances judiciaires et quasi judiciaires peuvent être saisies de questions relatives à la Charte. Or, non seulement la compétence du Tribunal – qui, faut-il le rappeler, est spécialisée – n'est pas exclusive, mais, au fil des ans, celle-ci a lentement été dispersée par l'attribution d'une compétence exclusive à d'autres tribunaux³⁴¹, leur

³⁴⁰ *Pogan c. Laboratoires Charles River-Préclinique CTBR*, 2005 QCTDP 48272, aux para 24, 26 et 27.

³⁴¹ Voir notamment à ce sujet : Marc Mancini, « Les droits et libertés de la personne en milieu syndical: l'arbitre de grief ou le Tribunal des droits de la personne, quel est le forum compétent? », (2009) 68 *Revue du Barreau* 327 et Katia Atif, « La médiation et le morcellement des juridictions traitant du droit du travail, de la non-discrimination et de l'égalité en emploi : impact systémique sur l'accessibilité des femmes à la justice » dans *Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015 [Atif, « La médiation »].

permettant d'examiner accessoirement des questions qui découleraient normalement de la compétence du Tribunal.³⁴²

Suivant ce qui vient d'être exposé, il est possible de penser que la décision dans l'arrêt *Ménard c. Rivet* a eu des effets sur la perception des justiciables du régime de promotion et de protection des droits de la personne notamment parce que la procédure est floue et complexe. De plus, à la lecture de l'article 84, il est raisonnable pour le citoyen de croire que la saisine individuelle est permise, ce qui peut donc semer un doute dans son esprit lorsqu'il procède seul à la suite du refus de la Commission d'agir en son nom. À la lumière de la typologie de Macdonald, il ressort que l'une des conséquences majeures de *Ménard c. Rivet* est que cette décision est venue miner la confiance du public dans le système de justice. Selon Macdonald, la confiance du public dans le système judiciaire est considérée comme l'une des barrières les plus importantes à l'accès à la justice.³⁴³ En effet, lorsque la Commission décide de cesser d'agir dans un dossier, le justiciable se retrouve dépourvu de tout support et des connaissances nécessaires pour poursuivre seul les démarches judiciaires, à moins qu'un groupe agisse pour lui en vertu de l'article 74 de la *Charte*, tel qu'il a été le cas pour le plaignant dans l'affaire *Saguenay*³⁴⁴. Il est intimidé par le fait d'aller devant un juge et une partie adverse sur des sujets aussi complexes que les droits fondamentaux, d'autant plus qu'il prétend être victime de discrimination, de harcèlement ou d'exploitation. Il a beau avoir un dossier qui comporte certaines chances de gagner, c'est psychologiquement que le justiciable éprouve les plus grands problèmes d'accès à la justice. De plus, en matière de droits de la personne, les plaignants sont souvent des personnes défavorisées, les empêchant ainsi de pouvoir s'engager un avocat pour les conseiller. Selon ce qui ressort de l'approche de Macdonald, le justiciable doit se sentir inclus dans le processus judiciaire afin d'avoir le sentiment qu'il a trouvé justice. La juge en chef McLachlin s'est d'ailleurs déjà questionnée à ce sujet : « [p]ublic

³⁴² Ann-Marie Jones, « Allocution d'ouverture », dans *Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015 aux pp 7-8 [Jones, « Allocution d'ouverture »].

³⁴³ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 30.

³⁴⁴ Dans cette affaire, le mouvement laïque québécois a agi pour le compte de la victime Alain Simoneau en vertu du troisième alinéa de l'article 74 de la Charte qui prévoit ce qui suit : « La plainte peut être portée, pour le compte de la victime ou d'un groupe de victimes, par un organisme voué à la défense des droits et libertés de la personne ou au bien-être d'un groupement ».

confidence in the system of justice is essential. How can there be confidence in a system that shuts people out, that does not give them access? »³⁴⁵

Les passages qui viennent d'être cités nous permettent d'observer que les institutions elles-mêmes semblent conscientes de la problématique actuelle associée au manque d'accès à la justice en matière de droits de la personne. Ces extraits permettent de constater que le Tribunal, en cherchant à contourner les écueils posés à sa compétence, semble vouloir ouvrir un dialogue à la fois avec le législateur et les tribunaux supérieurs en ce qui concerne la portée à donner à l'article 84 de la *Charte* afin qu'ultimement soit rétablie la compétence du Tribunal. Il ressort des discours juridiques que la saisine individuelle devrait être pleinement rétablie parce qu'elle offre aux personnes victimes d'atteintes à leurs droits fondamentaux une voie de recours qui assure, dans des délais raisonnables, l'effectivité de ces droits par des mesures de réparation complètes, efficaces et utiles ainsi qu'elle préserve l'équilibre et la complémentarité que l'on retrouve entre les missions et les fonctions respectives des commissions et des tribunaux spécialisés en matière de droits de la personne.³⁴⁶ Malgré les efforts du Tribunal, la Cour suprême du Canada a confirmé très récemment, dans l'arrêt *Saguenay*³⁴⁷, la décision de la Cour d'appel du Québec dans *Ménard c. Rivet*.

Par ailleurs, certains voient des limites au recours individuel et propose un accès direct au Tribunal. Ce n'est pas pour dire que la représentation offerte par la Commission ne propose pas certains avantages au plaignant, mais de faire dépendre la possibilité de recours au Tribunal à la décision d'un organisme qui a différentes responsabilités et qui, de surcroît, peine à assurer l'effectivité du recours en temps utile, n'est pas une situation satisfaisante.³⁴⁸

3.1.1.2 L'accès direct

Une des principales préoccupations des auteurs quant à la question de l'accès à la justice

³⁴⁵ Michael McKiernan, « Lawyers integral in making justice accessible: McLachlin », *Law Times*, 20 février 2011, en ligne : <http://www.lawtimesnews.com/201102218262/Headline-News/Lawyers-integral-in-making-justice-accessible-McLachlin>.

³⁴⁶ Anne-Marie Santorineos, « L'accès à la justice en matière de droits de la personne : le difficile accès au Tribunal des droits de la personne », (2012) 42:1-2 RDUS 49 à la p 71 [Santorineos, « L'accès »].

³⁴⁷ *Saguenay*, *supra* note 34.

³⁴⁸ Santorineos, « L'accès », *supra* note 346.

en matière de droits de la personne porte sur la possibilité de permettre un accès direct au Tribunal. Autrement dit, certains auteurs³⁴⁹ proposent non seulement de rétablir le recours individuel au Tribunal lorsque la Commission cesse d'agir pour le plaignant, mais de permettre un recours direct au Tribunal, c'est-à-dire sans la nécessité pour le justiciable de passer par la Commission. Tel que nous l'avons mentionné dans la problématique, trois juridictions canadiennes, la Colombie-Britannique, le Nunavut et l'Ontario, ont procédé lors des dernières années à des réformes législatives de leur régime de promotion et de protection des droits de la personne afin de permettre un accès direct au Tribunal des droits de la personne de chacune d'entre elles.

L'accès direct permettrait, selon certains, un meilleur accès à la justice notamment en contribuant à surmonter les barrières objectives. Le mécanisme actuel implique des délais très longs entre le dépôt de la plainte à la Commission, le traitement de celle-ci, la décision de la Commission de saisir ou non le dossier et finalement l'audition au Tribunal. En regard de la typologie de Macdonald, ces problèmes représentent les principaux obstacles à la conception de l'accès à la justice telle que décrite dans la première vague. En effet, les questions de délais, de coût et de la complexité du système juridique constituent les préoccupations majeures de cette vague³⁵⁰ et correspondent à ce que Macdonald appelle les barrières objectives à l'accès³⁵¹.

Tel que le souligne l'honorable Ann-Marie Jones, juge et présidente du Tribunal des droits de la personne du Québec, « [d]e surcroît, le mécanisme d'accès au Tribunal, qui implique un passage obligatoire – et en quelque sorte décisif – par le biais du dépôt d'une

³⁴⁹ Voir notamment : Grenier, « Pour une meilleure justice sociale », *supra* note 101 à la p 487; Eliadis, « Human Rights Tribunals », *supra* note 98 à la p 205; Paul Faribault, « Recours individuel au Tribunal des droits de la personne : quelques mécanismes propres à en faciliter l'accès et rôle nécessaire de la Commission » dans Le Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p 523 et s. Certains auteurs par ailleurs, sont prudents face à cette proposition d'un accès direct au Tribunal. Selon Pierre Bosset, il n'y a pas urgence d'agir afin de permettre l'accès direct au Tribunal des droits de la personne, mais il faut plutôt rester méfiant face à une telle réforme. Il dit que la réflexion en la matière doit rester préliminaire et qu'elle doit considérer le risque de réduire l'importance des institutions publiques déjà en place. Voir : Bosset, « La place des institutions publiques », *supra* note 103 à la p 343; John Dwyer, quant à lui, souligne l'importance, de « consider the long-term dangers that proceeding too far, too fast towards a direct access system might bring ». Voir : Dwyer, « Role and Responsibilities », *supra* note 103 à la p 320.

³⁵⁰ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 24.

³⁵¹ *Ibid* à la p 34.

plainte à la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, soulève des inquiétudes, notamment du fait que les justiciables ne disposent pas d'un accès direct au Tribunal. »³⁵²

Dans l'affaire *Centre de la petite enfance « Le Château des adorables »*, le juge Dortéus expose les conséquences liées aux délais mis par la Commission à traiter les plaintes qui lui sont soumises. Une des plus importantes consiste à limiter l'accès au Tribunal :

La Commission des droits de la personne détient *de facto*, le contrôle quasi exclusif d'accès au Tribunal, ce qui entraîne, comme conséquence, qu'un nombre insignifiant de causes parviennent chaque année devant le Tribunal. Dans ce contexte, avec égards, la Commission ne peut pas s'attendre à ce que le Tribunal ferme les yeux et qu'il demeure complaisant, face à une telle situation qui est de nature à miner la confiance des justiciables au régime de protection des droits de la personne au Québec. Entre autres, elle a comme conséquence d'empêcher le Tribunal de remplir correctement son mandat.

Cette situation est inacceptable et intolérable, car elle permet la violation systémique des droits des victimes, des mises en cause et des défendeurs d'avoir, dans un délai raisonnable, accès à un Tribunal spécialisé en matière de droit de la personne. Elle rend, entre autres, illusoire et dérisoire le recours au Tribunal, ce qui peut avoir pour effet de dissuader les victimes de discrimination de s'engager dans un long processus qui peut durer plusieurs années avant d'obtenir en première instance réparation devant un tribunal judiciaire spécialisé.

La maxime "Justice delayed is justice denied" voulant que : "*if legal redress is available for a party that has suffered some injury, but is not forthcoming in a timely fashion, it is effectively the same as having no redress at all*", s'applique au droit fondamental du justiciable à l'accès au Tribunal dans un délai raisonnable afin d'obtenir réparation en cas d'atteinte illicite de ses droits garantis par la *Charte*.³⁵³

Selon Pearl Eliadis, il semble que « [a] key conclusion is that a new model called “direct access” is producing superior results in two jurisdictions that have undergone major

³⁵² Jones, « Allocution d'ouverture », *supra* note 342 à la p 8. L'auteure réfère à *Ménard c. Rivet*, *supra* note 33.

³⁵³ *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre de la petite enfance « Le Château des adorables »*, 2009 QCTDP 22 aux para 79 à 82.

reforms, British Columbia and Ontario. The improvements are seen both in terms of access to a hearing and shorter delays. »³⁵⁴

La Cour d'appel a voulu diminuer l'importance de cet argument dans l'arrêt *Ménard c. Rivet* en précisant qu'il existe déjà un accès direct devant les tribunaux de droit commun. En effet, le juge LeBel souligne que « celle-ci [la Charte] laisse entière liberté à une partie de s'adresser directement aux tribunaux de droit commun, sous l'autorité de l'article 49. »³⁵⁵ Il est vrai que le plaignant peut s'adresser directement à un tribunal de droit commun en matière de droit à l'égalité. Cependant, faut-il pour autant conclure qu'un tel recours respecte ce qui est attendu en matière de promotion et de protection des droits de la personne? La littérature en la matière semble répondre non à cette question.

Le Tribunal des droits de la personne a été créé afin d'avoir au Québec une instance spécialisée en matière de droits de la personne et afin d'assurer une plus grande accessibilité à la justice pour l'ensemble des citoyens qui voudront faire respecter leur droit à l'égalité.³⁵⁶ D'ailleurs, Rappelons que la Commission des institutions dans son rapport final explique l'importance de mettre en place une instance spécialisée en matière de droits de la personne à cause du manque d'expertise dans le domaine des tribunaux de droit commun. Le ministre de la Justice de l'époque, M. Gil Rémillard, disait au sujet de la création du Tribunal des droits de la personne :

Le Tribunal des droits de la personne permet un accès à la justice particulièrement efficace pour les citoyens-nes en ce qui regarde les droits et libertés, pierre d'assise de notre stabilité sociale et de notre démocratie, accès que les autres tribunaux ne sauraient assurer avec autant d'efficacité, compte tenu de leurs multiples fonctions.³⁵⁷

³⁵⁴ Pearl Eliadis, « Rethinking the Role of Human Rights Tribunals: Recent Developments », dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne: 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, vol. 405, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015, 217 à la p 222 [Eliadis, « Rethinking »].

³⁵⁵ *Ménard c. Rivet*, *supra* note 33 à la p 2119. L'article 49 de la Charte se lit comme suit : « Une atteinte illicite à un droit ou à une liberté reconnu par la présente Charte confère à la victime le droit d'obtenir la cessation de cette atteinte et la réparation du préjudice moral ou matériel qui en résulte. En cas d'atteinte illicite et intentionnelle, le tribunal peut en outre condamner son auteur à des dommages-intérêts punitifs. »

³⁵⁶ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n° 91 (10 décembre 1990) à la p 5978 (Gil Rémillard).

³⁵⁷ *Ibid.*

Aussi, lors des débats parlementaires, M. Claude Filion, alors Président de la Commission des institutions, souligne le fait que la saisine individuelle au Tribunal permet de recourir à la justice sans devoir encourir toutes les longues procédures que l'on rencontre généralement si l'on doit s'adresser à la Cour supérieure.³⁵⁸

La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Conway*³⁵⁹, semble abonder dans le même sens lorsqu'il précise que les citoyens qui désirent faire valoir les droits qui leurs sont conférés en vertu des Chartes puissent le faire devant le forum le plus accessible :

Cette approche « favorise l'accès direct et rapide aux réparations fondées sur la *Charte* devant des juridictions compétentes pour les accorder » (par. 75).³⁶⁰
[...]

À titre corollaire également, le juge Gonthier fait siens les avis exprimés au fil des ans par les juges McLachlin, Major, La Forest et McIntyre et confirme que « les Canadiens doivent pouvoir faire valoir les droits et libertés que leur garantit la Constitution devant le tribunal le plus accessible, sans devoir engager des procédures judiciaires parallèles ». Expliquant que ce « souci d'accessibilité » est « d'autant plus pressant qu'au départ bon nombre de tribunaux administratifs ont compétence exclusive pour trancher les différends relatifs à leur loi habilitante », le juge Gonthier conclut qu'« obliger les parties à ces différends à saisir une cour de justice de toute question liée à la *Charte* leur imposerait un long et coûteux détour » (par. 29).³⁶¹

La Cour suprême du Canada a récemment indiqué qu'en matière de recours devant les tribunaux, le principe d'accès à la justice devait servir de guide afin de déterminer quel recours devait être approprié et devant quelle instance³⁶². Dans l'arrêt *TeleZone Inc.*, le juge Binnie précise que « [l]'accès à la justice exige que le demandeur puisse exercer directement le recours qu'il a choisi et, autant que possible, sans détours procéduraux »³⁶³. Autrement dit, empêcher une personne d'avoir accès au Tribunal reviendrait à nier l'accès à la justice aux citoyens. C'est ce qui semble s'être produit dans *Ménard c. Rivet*,

³⁵⁸ Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 33^e lég, 2^e sess vol. 30, n^o 133 (20 juin 1989) à la p 6934 (Claude Filion).

³⁵⁹ *R. c. Conway*, [2010] 1 RCS 765.

³⁶⁰ *Ibid* au para 35.

³⁶¹ *Ibid* au para 66.

³⁶² *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, [2010] 3 RCS 626. [*TeleZone*]

³⁶³ *TeleZone Inc.*, *supra* note 362 au para 19.

ce qui justifierait qu'en plus que la saisine individuelle soit rétablie, qu'un accès direct au Tribunal soit autorisé.

Dans le même ordre d'idées, Pearl Eliadis souligne que « [i]n this context, tribunals offer important advantages over courts. They offer expertise and faster decision-making in a forum that is (or should be) less formal, less expensive, and more accessible than courts. Tribunals also have the advantage of developing the substantive law faster than the courts. »³⁶⁴ Elle poursuit en concluant de la manière suivante : « [h]uman rights remedies must be accessible in order to be effective. »³⁶⁵ Comme le fait remarquer la professeure Diane Demers, « [...] on note un consensus autour de la nécessité d'accroître l'accessibilité des citoyens à un forum spécialisé en vue d'assurer, à des conditions abordables, le respect de leur droit à l'égalité »³⁶⁶.

Ceci étant dit, l'arrêt *Ménard c. Rivet* aura plutôt limité l'action au Tribunal et empêché en partie le développement de sa compétence spécialisée au lieu de donner un rôle particulier à ce dernier comme le laisse entendre la littérature juridique à ce sujet. Sur ce point, le juge Legris dans *Air Estrie (1987) inc.* affirme qu'une instance supérieure ne peut s'arroger la juridiction des tribunaux spécialisés et décider, après avoir entendu le fond, qu'une partie aura ou n'aura pas droit de s'adresser à un tribunal spécialisé pour trancher le litige.³⁶⁷

Au plan international, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels conclut de manière non équivoque à l'importance d'une intervention judiciaire, voire spécialisée en matière de discrimination.³⁶⁸ Nous pouvons penser que tel est le cas parce qu'un tribunal spécialisé en cette matière sait donner une portée véritable à l'interdiction de la discrimination. Contrairement à l'interprétation plus formaliste ou restrictive que peut donner un tribunal de droit commun à la *Charte*, un tribunal spécialisé en matière de

³⁶⁴ Eliadis, « Rethinking », *supra* note 354 à la p 249.

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Demers, « Les tribunaux des droits de la personne », *supra* note 101 à la p 179.

³⁶⁷ *Air Estrie (1987) inc. c. Ailes cosmiques inc.*, [1996] RJQ 735.

³⁶⁸ Gagnon, « La saisine individuelle du Tribunal » *supra*, note 324 à la p 200. Voir aussi : Mégret, « Le droit à un recours effectif », *supra* note 335; Jean-Paul Costa, « Le droit à un tribunal selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » dans *Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le Barreau du Québec, L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008 à la p 405.

droits de la personne a la volonté d'interpréter la *Charte* avec une approche plus contextuelle. Selon Michel Coutu et Pierre Bosset :

De fait, plusieurs décisions des tribunaux de droit commun favorisèrent une approche qu'on peut qualifier de formaliste, en ce que le contexte d'énonciation de la norme (l'influence du droit international, par exemple, ou la cohérence et la spécificité d'ensemble de la Charte québécoise), le contexte juridique évolutif déterminant le contenu de la norme (l'évolution de la jurisprudence de la Cour suprême en particulier), et le contexte social dans lequel s'inscrit la norme ainsi que les conséquences pratiques susceptibles de résulter du choix d'une interprétation déterminée, ne furent guère pris en considération.³⁶⁹

Cette tension entre approche formaliste et contextuelle, qui se manifeste au niveau de l'ensemble des tribunaux de droit commun, par de nombreux intervenants en commission parlementaire lors des débats portant sur le projet de loi 140.³⁷⁰ La venue du Tribunal des droits de la personne semble présupposer que la création, au Québec, d'un tribunal spécialisé en matière de discrimination a permis de remédier à plusieurs lacunes et d'élaborer un corpus jurisprudentiel plus consistant et évolutif. Toutefois, très peu de dossiers lui sont adressés notamment à cause de l'accès limité à ce dernier et à la possibilité pour les citoyens de recourir aux tribunaux de droit commun même si à la lumière de ce qui vient d'être exposé, les tribunaux de droit commun ne semblent pas représenter les cours de justice privilégiées en matière de litiges en droits de la personne.

S'intéressant aux limites du droit et du judiciaire à assurer la protection puis la promotion des droits fondamentaux, la professeure Lalonde explique qu'une « forme de réductionnisme conséquente d'une interprétation parfois limitative de la Charte paraît s'être installée afin qu'elle s'intègre, sinon, qu'elle se moule et se soumette au corpus juridique existant et aux limites des pouvoirs juridictionnels. Le phénomène est d'autant

³⁶⁹ Michel Coutu et Pierre Bosset, « La dynamique juridique de la Charte », dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec, dir, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 2, Études*, Montréal, CDPDJ, 2003, 247 à la p 251 [Coutu et Bosset, « La dynamique »]. Voir aussi : Jacques Frémont, « La Charte, le droit statutaire et le droit commun du Québec trente ans plus tard : réflexions autour de malaises » dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, dir, *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005 à la p 65; Michel Robert, « Instances juridictionnelles et réparations », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, dir, *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

³⁷⁰ Coutu et Bosset, « La dynamique », *supra* note 369 à la p 253.

plus marqué en regard de la réparation prévue à l'art. 49 de la Charte, faisant dire à certains auteurs que la Charte subit une *inféodation au droit commun*. En résultante, la Charte offre ainsi parfois une forme de *protection quasi civiliste* des droits fondamentaux »³⁷¹.

Suivant ces explications, il semble paradoxal que la Cour d'appel du Québec ait limité l'accès au Tribunal sur la base notamment qu'un accès direct est déjà possible devant les tribunaux de droit commun. Ce faisant, elle prive les citoyens de l'accès à un tribunal spécialisé dont les membres sont choisis en raison « d'une expérience, une expertise, une sensibilisation et un intérêt marqués en matière de droits et libertés de la personne³⁷² ».

Bien que l'accès direct semble permette un meilleur accès au tribunal, il ressort, en regard de la typologie de Macdonald, que plusieurs obstacles persisteraient tels que ceux liés aux coûts et à la complexité des dossiers ainsi que ceux qui se rattachent à la connaissance du droit et à la démystification de l'appareil judiciaire. C'est ainsi que, même si l'accès direct au Tribunal participerait à atténuer certaines barrières objectives tels que les délais et à contribuer à un meilleur accès à la justice tel qu'entendu dans son sens premier et ainsi décrit à la première vague de la typologie de Macdonald, les coûts et la complexité des dossiers demeurerait présents. En ce sens, Lucie Lamarche souligne que « [d]ans un contexte de pénurie d'assistance par avocat, que signifierait donc au Québec le droit d'accéder directement au Tribunal des droits de la personne? Commençons par noter un détail qui n'en n'est pas un. Le plaignant ou la plaignante devrait se présenter *ab initio* au Palais de justice. Or, la littérature abonde et qui démontre l'effet inhibant de cette exigence matérielle »³⁷³. Cette exigence matérielle repose sur le fait, qu'en général, la justice civile est peu accessible, en ce que les coûts, les délais et la complexité des

³⁷¹ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 55 à la p 324. Sur les limites d'une approche civiliste dans l'interprétation et l'application des droits de la personne, voir : Stéphane Bernatchez, « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne » (2012) 42 RDUS 203.

³⁷² Voir l'article 101 de la *Charte*.

³⁷³ Lucie Lamarche, « La mission contemporaine du Tribunal des droits de la personne: un enjeu complexe dans une société complexe » dans *Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015, 309 aux pp 315-316 [Lamarche, La mission ». L'auteure réfère à Jacques Commaille en note de bas de page : Jacques Commaille, « Contribution à une approche sociologique de la pratique judiciaire: les accidents de la circulation », (1976) 27 *L'Année sociologique* 197-222 [Commaille, « Contribution »].

dossiers représentent des obstacles importants à l'accès des tribunaux.³⁷⁴ D'autre part, certains auteurs sont d'avis que les justiciables se retrouveraient dépourvus devant le système judiciaire s'il devait procéder seul et, ce faisant, la proposition de l'accès direct ne permettrait pas à l'accès à la justice d'arriver à son plein potentiel de réalisation. Le professeur Farrow note à cet égard que : « approximately 65% of people are uncertain of their rights, do not know how to handle legal problems, are afraid to use the legal system, think nothing can be done, or believe that seeking justice will cost too much money or take too much time. »³⁷⁵ Autrement dit, le justiciable laissé à lui-même ne possède peut-être pas suffisamment de connaissance ou de confiance afin d'entamer une procédure judiciaire seul. En ce sens, Farrow précise que les obstacles à l'accès à la justice sont souvent : « related to a number of economic and social factors, including lack of knowledge and understanding »³⁷⁶. Il ne suffit qu'à penser au langage du droit qui, à lui-même, peut être suffisant pour décourager le justiciable de poursuivre les procédures. Stéphanie Roy, avocate spécialiste en vulgarisation juridique, souligne à cet égard que : « [n]otre langage juridique traditionnel, lourd, formel et complexe nuit à la justice, comme à la société en général »³⁷⁷. Elle poursuit en précisant qu'il est néfaste notamment pour l'accès à la justice, l'efficacité de notre système de justice et l'image de la justice en suscitant de la méfiance et un désengagement de la part du public.³⁷⁸ L'idée de la vulgarisation juridique est d'ailleurs prévue à la troisième vague de la typologie de Macdonald qui s'intéresse notamment à la démystification du droit. Selon Macdonald, le manque de connaissance des citoyens est une cause de l'inaccessibilité et constitue une

³⁷⁴ *Rapport Cromwell, supra* note 2. Voir notamment sur la question des coûts et des délais : Comité *ad hoc* sur les frais du Barreau de Montréal, *Les modifications requises aux régimes de l'attribution des coûts de litiges, des dommages exemplaires, de l'incitation aux règlements raisonnables et expéditifs, et de financement de litiges*, Québec, 2004, en ligne : <http://www.barreaudemontreal.qc.ca>; Dominique Forget, « Justice : Une affaire de riches » *L'actualité*, 1^{er} mai 2011, 40; Forum canadien sur la justice civile, *The Cost of Justice: Weighing the Costs of Fair and Effective Resolution to Legal Problems*, 2012, en ligne : <http://www.cfcj-fcjc.org>; John T. Nockleby, « Introduction: Access to justice: It's Not for Everyone » (2009) 42 *Loy LA L Rev* 859; Sylvio Normand, « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique (1840-1965) » (1999) 40:1 *C de D* 13; Eleanore Cronk, « Savoir-faire culturel : analyse des obstacles à l'accès au système de justice civile par les parties » *Forum canadien sur la justice civile*, Conférence Vers le futur, mai 2006.

³⁷⁵ Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 aux pp 964-965.

³⁷⁶ *Ibid* à la p 974.

³⁷⁷ Stéphanie Roy, « Le langage clair en droit : pour une profession plus humaine, efficace, crédible et prospère ! », (2013) 54:4 *C de D* 975 à la p 1005.

³⁷⁸ *Ibid* aux pp 1005-1006.

barrière subjective à l'accès à la justice. Contrairement à ce qui est alors permis de penser, l'accès direct au Tribunal ne contribuerait pas nécessairement à une plus grande participation des citoyens dans le processus de résolution des conflits. Cet obstacle à l'accès à la justice est peut-être plus marqué dans un domaine aussi complexe que celui des droits et libertés de la personne.³⁷⁹ Autrement dit, suivant la proposition de l'accès direct, les citoyens auraient accès au Tribunal sans avoir à recourir à la Commission, mais en arrière-plan de ce dernier se trouvent des barrières qui viennent compromettre cet accès.³⁸⁰ Le même constat s'applique à l'accès aux tribunaux de droit commun où les coûts, la complexité des procédures et le manque de connaissance représentent aussi des obstacles importants à l'accès à la justice.³⁸¹ À cet égard, lors d'une allocution tenue en mars 2007, la juge en chef du Canada, la très honorable Beverley McLachlin, s'exprimait en ces mots :

Même le système de justice le plus avancé du monde constitue un échec s'il ne permet pas aux citoyens d'obtenir justice. L'accès à la justice revêt par conséquent une importance primordiale. Or, malheureusement, bon nombre de Canadiens sont incapables — principalement pour des raisons financières — d'avoir accès au système de justice canadien. Certains décident de se représenter eux-mêmes. Nos salles d'audience sont aujourd'hui remplies de gens qui, n'étant pas représentés par un avocat, essaient de s'y retrouver dans les exigences parfois complexes du droit et de la procédure. D'autres baissent tout simplement les bras.³⁸²

Quoi qu'il en soit, les discours juridiques portant sur l'accès direct au Tribunal rejoignent la conception de l'accès à la justice telle que décrite à la première vague de la typologie de Macdonald en ce qu'elle présuppose l'accès aux tribunaux. De plus, cette proposition évoque la conception de l'accès à la justice associée à la deuxième vague s'intéressant aux questions, entre autres choses, de conception des institutions et de la performance réelle des tribunaux. Plusieurs auteurs, comme nous venons de l'expliquer, se sont penchés sur les limites des tribunaux de droit commun de rendre des décisions en matière de droits fondamentaux. Le Tribunal a d'ailleurs été créé, comme nous en avons discuté

³⁷⁹ Coutu et Bosset, « La dynamique », *supra* note 369 à la p 263.

³⁸⁰ Commaille, « Contribution », *supra* note 373.

³⁸¹ *Rapport Cromwell*, *supra* note 2.

³⁸² La très honorable Beverley McLachlin, « Les défis auxquels nous faisons face », allocution présentée à l'Empire Club of Canada, 8 mars 2007, en ligne : Cour suprême du Canada <http://www.scc-csc.gc.ca>.

plus haut, afin de mettre en place un tribunal spécialisé en matière de droits de la personne qui peut permettre une meilleure effectivité des droits des citoyens.

Prenant appui sur l'expertise du Tribunal en matière de droits et libertés, certains auteurs proposent d'élargir la compétence de celui-ci afin qu'il puisse décider de tout type de litige en vertu de la Charte.

3.1.1.3 L'élargissement de la compétence

Certains auteurs³⁸³ vont plus loin dans leur réflexion et proposent un élargissement de la compétence du Tribunal. Ainsi, en plus de proposer le rétablissement de la compétence du Tribunal suivant l'article 84 de la *Charte*, le professeur Michel Coutu propose un élargissement de cette dernière. L'auteur a examiné la question de l'accessibilité au Tribunal des droits de la personne en prenant appui sur une notion classique de la théorie du droit public, celle de « gardien de la Constitution ». Il dénote le fait que les gouvernements successifs et le procureur général du Québec ont fait beaucoup pour empêcher le Tribunal de s'ériger en « gardien de la constitution ». Pourtant, selon lui, le Tribunal devrait être un véritable « gardien de la constitution » dans la mesure où il veille à la mise en œuvre de la *Charte*, texte à caractère constitutionnel puisqu'elle partage les valeurs affirmées dans la *Loi constitutionnelle de 1982*³⁸⁴. Faisant référence à Kelsen³⁸⁵, Coutu explique qu'un juge d'une cour constitutionnelle a forcément un rôle créateur qui a pour résultat l'attribution d'une fonction plus politique. Coutu explique que le gouvernement est réticent à confirmer ce statut au Tribunal par crainte de voir le judiciaire s'immiscer dans les questions politiques. Le véritable conflit entre le politique et le judiciaire repose donc sur qui aurait le dernier mot en matière de garantie des droits et libertés de la personne au Québec. Selon Coutu :

[C]'est à l'évidence le politique qui a eu ce dernier mot, favorisé en cela par une partie du pouvoir judiciaire, plus enclin que le Tribunal des droits de la

³⁸³ Coutu, « Le Tribunal des droits de la personne », *supra* note 32; Brunelle, « Pour une restructuration de la Charte québécoise? », *supra* note 102 à la p 217; Bosset, « La place des institutions publiques », *supra* note 103 aux pp 354-355.

³⁸⁴ *Loi de 1982 sur le Canada (R.-U.)*, 1982, c. 11.

³⁸⁵ Hans Kelsen, *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, (1931) Paris, Michel Houliard Éditeur, 2006.

personne à une attitude de déférence et de conservatisme en la matière et sans doute aussi empreinte de méfiance envers ce tribunal.³⁸⁶

Coutu souligne d'ailleurs que sur quatre dossiers³⁸⁷ où il a été question de l'accès au Tribunal, trois d'entre eux sont issus de l'initiative du procureur général du Québec. Ce dernier aurait donc joué un rôle majeur dans le morcèlement de la compétence du Tribunal.

Lucie Lamarche précise aussi le fait que le Tribunal n'a pas compétence sur l'ensemble des droits se trouvant dans la *Charte*, mentionnant que « sa compétence n'embrasse pas toutes les garanties de droits prévues à celle-ci »³⁸⁸.

Cette proposition permettrait alors au Tribunal d'être à son plein potentiel de réalisation comme instance spécialisée en matière de droits de la personne. En effet, tel que le souligne le professeur Brunelle : « Un fait demeure, lancer un nouveau projet de réforme de la Charte québécoise appellerait forcément à revenir sur la nature du Tribunal et à refonder sa compétence de manière à lui permettre, désormais, de réaliser pleinement la promesse d'accès à la justice dont il est porteur »³⁸⁹.

En somme, l'étude des discours juridiques, reflétant les trois premières vagues de la typologie de Macdonald, peut amener à vouloir penser l'accès à la justice en matière de droits de la personne autrement, notamment à cause du recours individuel difficile au Tribunal, de l'absence de l'accès direct et aussi de par la nature des droits en jeu, ces droits étant peut-être mieux servis dans un contexte où l'idée de justice serait plus proche du citoyen que celle proposée par les cours de justice.

Ainsi, tel que le souligne Macdonald, il faut que les citoyens soient parties prenantes à l'élaboration et à l'application du droit afin de pouvoir parler d'une réelle participation des citoyens dans la résolution de conflit. Les modes de prévention et de règlement des

³⁸⁶ Coutu, « Le Tribunal des droits de la personne », *supra* note 32 à la p 127.

³⁸⁷ Voir *Potvin c. Transformateur Delta du Canada*, J.E. 94-1261, *Lambert c. Québec (Ministère du Tourisme du Québec et ministère de la Main d'œuvre, de la Sécurité du revenu et de la Formation professionnelle)*, [1997] R.J.Q. 726, *Francoeur c. Procureur général du Québec*, [1995] R.J.Q. 627 : en appel *Ménard c. Rivet*, [1997] R.J.Q. 2108.

³⁸⁸ Lamarche, « La mission », *supra* note 373 à la p 318.

³⁸⁹ Brunelle, « Pour une restructuration », *supra* note 102 à la p 218. L'auteur réfère dans son texte à : *For-Net Montréal Inc. c Chergui*, 2014 QCCA 1508 au para 38.

différents, notamment la médiation, proposent une telle conception de l'accès à la justice et rejoignent les quatrième et cinquième vagues de la typologie de Macdonald.

3.1.2 Conception élargie, pluraliste et/ou postpositiviste de l'accès à la justice

Les discours juridiques portant sur la quatrième et la cinquième vagues correspondent à une conception plus élargie de l'accès à la justice que celle proposée lors des trois premières vagues. Rappelons brièvement en quoi consiste chacune de ces vagues. La quatrième vague porte sur le droit préventif qui reconnaît que le véritable accès à la justice doit englober de multiples dimensions des modes alternatifs de résolution des conflits. La cinquième vague, quant à elle, s'intéresse à l'accès proactif à la justice qui vise une plus grande participation des citoyens dans l'élaboration et l'application de la loi afin que le droit soit un reflet plus juste de la justice qui ressort du droit de tous les jours. En arrière-plan de ces vagues se trouve donc une conception plus large de l'accès à la justice laquelle peut se traduire dans le pluralisme juridique de Macdonald, qui tend à relativiser le rôle étatique dans la production des normes en se demandant comment les sujets de droit contribuent à la création du droit, ainsi que, dans d'autres courants du postpositivisme juridique³⁹⁰ qui comprennent notamment le droit de la gouvernance auquel le mouvement de procéduralisation et de contextualisation du droit est associé³⁹¹ et qui s'intéresse aux mécanismes de réflexivité, c'est-à-dire aux rapports que le droit entretient avec les contextes d'énonciation et d'application de la loi. Suivant de telles approches, la réalité sociale du droit s'exprime aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'État. Dès lors, c'est l'accès à une justice informelle, basée sur des normes qui sont essentiellement multiples et hétérogènes, à laquelle le citoyen a accès. L'un des présupposés des approches postpositivistes repose sur l'inaptitude de la conception dominante chez les juristes à exprimer adéquatement la réalité du droit.³⁹² Ce présupposé se retrouve dans les discours juridiques portant sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne où les auteurs font état des insuffisances du judiciaire à statuer sur des

³⁹⁰ Lalonde, « La Conférence de règlement à l'amiable », *supra* note 53; Bernatchez, « Le nouveau Code », *supra* note 140.

³⁹¹ Louise Lalonde, « Du balcon aux coulisses de la scène? Une approche métathéorique réflexive des discours de la doctrine juridique », (2012) 68 RIEJ 49 à la p 60. Voir aussi : Jacques Lenoble, « L'efficacité de la gouvernance par le droit. Pour une procéduralisation contextuelle du droit », (2002-2003) 33:1-2 RDUS 13 aux pp 52 et s.

³⁹² Arnaud, « Entre modernité » *supra* note 240.

droits fondamentaux prévus à la *Charte*.³⁹³ Selon la professeure Lalonde, ces droits qui sont porteurs de valeurs doivent être interprétés de manière contextuelle c'est-à-dire « qui permet une contextualisation du sens des droits dans le monde vécu, par la prise en compte de divers éléments constitutifs du contexte. »³⁹⁴ Autrement dit, l'approche contextuelle d'interprétation en regard de la portée des droits fondamentaux permet une contextualisation en considérant les valeurs du monde dans lequel ils évoluent. Tel que le souligne la professeure Lalonde dans un texte s'intéressant aux réparations en matière de droits protégés par la *Charte* :

En matière de droits fondamentaux, la norme traduit des valeurs et la réparation s'effectue par suite de l'atteinte à ces valeurs. Or, dans la mesure où l'atteinte se situe au chapitre des valeurs des personnes, reconnues dans leur diversité, elle nécessite une reconnaissance des conséquences vécues par les personnes et relativement au niveau des relations de ces personnes, inscrites dans le monde vécu. Ce problème soulève alors un second niveau de limites, celui-là conséquent de la capacité ou de la légitimité des tribunaux à rendre effective la réparation pour atteinte à des droits fondamentaux.³⁹⁵

La conception élargie de l'accès à la justice met en lumière cette insuffisance, relevée par la doctrine, des tribunaux à rendre effectifs les droits. Tel que le mentionnent Bogart, Zemans et Bass :

Une discussion de l'accès à la justice devant les tribunaux tourne rapidement à un questionnement des droits qui sont (et devraient être) créés par les juges en se fondant sur différentes conceptions de la justice, du rôle de la magistrature et de l'efficacité des litiges pour engendrer le changement social³⁹⁶.

Il semble que cette problématique présuppose une autre question, soit celle de savoir si les droits créés par le juge répondent au sentiment de justice des citoyens.

³⁹³ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 55. Voir aussi : Véronique Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », dans *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, sous la direction de Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, Nanterre : Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, 11 [Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme »]; Claire Fourçans, « L'ineffectivité du droit de ne pas être détenu arbitrairement pour les prisonniers de Guantánamo », dans *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, sous la direction de Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, Nanterre : Presses universitaires de Paris Ouest, 2008, 165.

³⁹⁴ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 55 à la p 333.

³⁹⁵ *Ibid* à la p 334.

³⁹⁶ W. A. Bogart, Frederick H. Zemans et Julia Bass, « Introduction », dans Julia Bass, William A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005 à la p 3 [Bogart, Zemans et Bass, « Introduction »].

Louise Lalonde souligne que pour pallier aux insuffisances du judiciaire à appliquer des valeurs actualisables dans le monde vécu et afin d'assurer l'effectivité du pluralisme axiologique que présupposent les Chartes, il convient d'envisager d'autres moyens que ceux des tribunaux.³⁹⁷ En effet, tel que le précise la professeure Champeil-Desplats, « la catégorie des « droits de l'homme » renferme de droits hétérogènes quant à leur visée et, précisément, leur mode de garantie. Ce faisant, « les droits de l'homme interrogent tout particulièrement le choix des mécanismes institutionnels propres à assurer leur effectivité. À l'encontre d'un point de vue dominant, il n'est pas certain que le recours juridictionnel soit dans tous les cas le mécanisme le plus adapté pour assurer l'effectivité des droits de l'homme. »³⁹⁸ En d'autres termes, le juge n'est donc pas la seule institution garante de l'effectivité des droits de l'homme, ni toujours la mieux armée, certaines mesures ne pouvant être obtenues de lui car ses compétences et ses pouvoirs sont inadaptés, insuffisants ou défailants.³⁹⁹ C'est ce que proposent, à des niveaux différents, la quatrième et la cinquième vagues de la typologie de Macdonald.

Les discours juridiques ont traité, de manière plutôt réservée précisons-le, de l'accès à la justice en matière de droits de la personne sous cette approche postpositiviste du droit, notamment en proposant l'attribution d'un sens plus large à cette notion ainsi que d'une approche de l'accès à la justice dans le monde vécu.

3.1.2.1 L'attribution d'un sens plus large

Peu d'auteurs semblent avoir envisagé l'accès à la justice autrement qu'en lien avec l'accès aux tribunaux et aux institutions. Par ailleurs, une certaine réflexion semble tout de même avoir été entreprise sur le choix d'une autre approche que la vision traditionnelle de l'accès à la justice afin de permettre de pallier à l'insuffisance du judiciaire et de l'offre de justice des institutions à disposer dans leur plein potentiel de réalisation les droits fondamentaux. En ce sens, certains auteurs proposent le recours aux modes de prévention et de règlement des différends (ci-après « les modes de PRD ») afin de faire face aux limites du système de justice qui ne semble plus répondre aux besoins

³⁹⁷ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 55 à la p 335.

³⁹⁸ Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme », *supra* note 393 à la p 11.

³⁹⁹ *Ibid.*

des citoyens en regard de ce qu'ils attendent en matière de justice. Louise Otis décrit en ces termes la crise que traversent les institutions et par le fait même le droit, laissant ainsi place à de nouvelles formes de résolution des conflits :

The crisis affecting the administration of civil and commercial justice, in its classic form, traces its origin to numerous factors that stem from the rigidity and complexity of the adversary system, which has become outdated in many respects, and from the institutional failings of the system itself. Another simpler, less costly and more desirable channel for dispute resolution is slowly beginning to emerge within the judicial system.⁴⁰⁰

Ces formes de résolution de conflits sont souvent créées en raison des déficiences perçues du processus judiciaire traditionnel : on trouve qu'il est trop long, trop coûteux, trop complexe, trop punitif, inaccessible ou insensible aux préoccupations des collectivités.⁴⁰¹ Ces initiatives comblent les lacunes du modèle contradictoire utilisé dans nos tribunaux, en donnant aux parties et souvent aux collectivités la capacité de participer à l'établissement de la solution au différend. Plusieurs auteurs accordent une place importante aux modes de PRD dans leur conception de l'accès à la justice.

Ainsi, dans un ouvrage consacré à l'accès à la justice civile au Québec, le professeur Pierre-Claude Lafond mentionne dans ses recommandations l'importance du recours accru aux modes de PRD comme mesures afin d'améliorer l'accès à la justice.⁴⁰² Patricia Hughes, quant à elle, affirme que l'accès à la justice peut aussi être vu plus largement dépassant même le recours aux modes de PRD :

Access to justice may also be viewed more broadly to include ways in which law may be employed to advance or impede other forms of justice (such as social or economic justice). This view necessarily encompasses the impact of non-legal actors on the effectiveness of law.

[...]

« The development of access to justice has also been summarized as a "trajectory from service-oriented, individualized strategies of access-to-justice, to more multi-dimensional, integrated approaches. A worthwhile law commission should engage in reform that facilitates access to justice across

⁴⁰⁰ Otis, « Alternatie Dispute », *supra* note 138 à la p 67.

⁴⁰¹ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains » *supra* note 132 à la p ix.

⁴⁰² Lafond, « L'accès », *supra* note 16 aux pp 262-268.

the spectrum, and certainly beyond the basic notions of access to the institutions of law, forms of dispute resolution, or even language.⁴⁰³

En matière de droits de la personne, la littérature s'est intéressée plus particulièrement à un mode de PRD soit celui de la médiation.⁴⁰⁴ En ce sens, Diane Veilleux émet le postulat que la médiation constitue une solution à privilégier dans la recherche d'un meilleur accès à la justice en matière de droits de la personne.

Un système de justice qui ne parvient pas à mettre fin aux conflits que fait naître la loi soulève des questions quant à son bien-fondé. Le système actuel de justice en matière de droits de la personne est remis en question à cet égard.⁴⁰⁵

L'auteure pose la question suivante : « Dans l'optique où une personne pourrait elle-même introduire sa plainte au TDP et avoir ce qu'on peut appeler un accès direct à celui-ci, y aurait-il lieu de prévoir un ou des processus de médiation institutionnelle visant à régler les conflits à la satisfaction des parties intéressées? Quelle place faudrait-il alors accorder à la loi? L'auteure explique que des conflits portant sur les droits fondamentaux s'inscrivent au cœur même d'une relation humaine. Elle précise qu'une médiation dans de tels cas peut donner lieu à une médiation axée sur la résolution de problème qui ne se limite pas aux aspects juridiques, mais qui tient compte de toutes les circonstances pertinentes. Suivant ce sens, la médiation permet que la discussion porte d'abord sur le problème vécu afin d'orienter ensuite les échanges vers la recherche d'une solution qui soit à la satisfaction des deux parties. Elle conclut ainsi :

La médiation est un bon moyen de faire prendre conscience aux citoyens de leurs droits, mais aussi de leurs responsabilités dans le règlement des conflits qui les opposent. La médiation favorise aussi une approche fondée sur la collaboration et le savoir-vivre ensemble, particulièrement pertinente lorsqu'il s'agit de mettre en œuvre le droit à l'égalité.⁴⁰⁶

⁴⁰³ Hughes, « Law Commissions », *supra* note 151 à la p 780.

⁴⁰⁴ François Rolland, « La médiation judiciaire en matière de droit à l'égalité » Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008; Michel A. Pinsonnault, « Le juge adjudicateur... médiateur, conciliateur et facilitateur - une évolution nécessaire, un mouvement irrésistible » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.

⁴⁰⁵ Veilleux, « Quelle justice la médiation institutionnelle », *supra* note 104 à la p 427.

⁴⁰⁶ *Ibid* à la p 429.

Contrairement aux tribunaux de droits de la personne ailleurs au Canada⁴⁰⁷, le Tribunal des droits de la personne du Québec n'offre pas de service de médiation. Par ailleurs, en vertu de l'article 44 du Règlement du Tribunal des droits de la personne⁴⁰⁸, le Tribunal offre aux parties la possibilité de procéder à une conférence de règlement à l'amiable présidée par un juge du Tribunal, et ce, à toute étape de l'instance. Ce mode de PRD, aussi appelé médiation judiciaire, permet aux personnes intéressées de régler leur litige dans un cadre informel, sans la tenue d'un procès. Il ne s'agit donc pas à proprement parler d'une séance de médiation telle que celles ayant lieu devant les tribunaux de droit de la personne au Canada. Devant le Tribunal, le cadre est judiciaire et la conférence de règlement à l'amiable respecte les règles édictées dans le *Code de procédure civile*⁴⁰⁹.

En revanche, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, quant à elle, offre un service de médiation aux parties qui déposent une plainte. La Commission décrit de la manière suivante le service de médiation :

Lorsque la Commission établit qu'elle peut traiter une plainte liée à la Charte des droits et libertés de la personne, la médiation est le premier service qu'elle propose aux parties pour résoudre la situation.

Si la médiation est refusée par l'une ou l'autre des parties, la Commission fait enquête. Cependant, les parties peuvent, à toutes les étapes de l'enquête, demander la médiation.⁴¹⁰

La description du rôle du médiateur prévoit notamment qu'il doit informer les parties de leurs droits et de leurs responsabilités en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, aider les parties dans l'identification de leurs besoins, intérêts, valeurs, sentiments et émotions, encourager les solutions créatives, appropriées et respectueuses et permettre de comprendre leurs perceptions des faits et le contexte de la plainte.⁴¹¹ De telle manière, le médiateur intervient sur le processus et sur le fond du conflit à résoudre. Suivant cette forme de médiation, l'empowerment n'est pas complètement déplacé vers

⁴⁰⁷ Eliadis, « Rethinking », supra note 354.

⁴⁰⁸ *Règlement du Tribunal des droits de la personne*, RLRQ c C-12, r 6.

⁴⁰⁹ *Code de procédure civile*, c C-25.01 aux art 161 à 165.

⁴¹⁰ Voir le site Internet de la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse : <http://www.cdpcj.qc.ca/fr/commission/services/Pages/mediation.aspx>.

⁴¹¹ *Ibid.*

les parties alors que, selon certains⁴¹², dans l'idéal transformateur de la médiation, ces dernières devraient avoir le pouvoir sur le fond. Le médiateur devrait se concentrer uniquement sur ses fonctions d'expert du processus, c'est-à-dire travailler à amener les deux parties à communiquer ensemble afin que ces dernières puissent coconstruire une solution au problème. Suivant ce sens, la médiation est un mode de résolution des conflits qui est utilisé dans la logique du droit et non comme un dispositif d'énonciation et d'application normative. Même s'il est possible de débattre qu'elle permet d'aller chercher plus largement en matière d'accès à la justice, une telle forme de médiation présente des limites puisqu'elle ne permet pas une transformation significative dans l'application des droits et libertés. Autrement dit, elle ne permet pas d'arriver à une justice qui dépasse le droit. Ce faisant, elle ne rejoint pas l'idéal de justice pour le citoyen.

Ainsi, la médiation proposée à la Commission ressemble alors à une forme de médiation prévue par la loi ou par une institution officielle du droit que Macdonald appelle une « instance formelle de médiation »⁴¹³. Cette forme de médiation se caractérise par le fait que le conflit a souvent déjà été mis en évidence et structuré comme un litige. Sur ce point, il faut noter que la médiation à la Commission n'est possible qu'une fois la plainte déposée. Les procédures étant alors déjà entamées, cette forme de médiation, bien que moins formelle que celle devant un juge du Tribunal, semble tout de même tendre vers la conception traditionnelle de l'accès à la justice car le conflit semble presque exclusivement qualifié sous l'angle du droit suivant le raisonnement juridique classique ce qui le rapproche d'un litige. Ainsi, l'arrière-plan théorique d'une telle conception de la médiation prend appui sur le positivisme et le centralisme juridique et donc d'une conception traditionnelle de l'accès à la justice.

C'est ainsi qu'en matière de droits de la personne, les modes de PRD auxquels peuvent avoir accès les citoyens offrent des mécanismes qui ne sont pas complètement libérés du

⁴¹² Lalonde Louise, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile - Plus spécifiquement, concernant les dispositions relatives à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA) et à la médiation comme mode de justice civile privée*, déposé à la commission des institutions de l'assemblée nationale du Québec, 2011 aux pp 20-21 [Lalonde, *Mémoire*]. Voir aussi : Lalonde, « Une nouvelle justice » à la p 15, *supra* note 46; Legault, « La médiation » *supra* note 135 à la p 32.

⁴¹³ Macdonald, « Accessibilité », *supra* note 210 à la p 472.

système de justice, la conférence de règlement à l'amiable et la médiation à la Commission représentant des formes de médiation découlant d'institutions de l'État.

La juge Louise Otis précise en ce sens que « [t]he emergence of alternative modes of conflict resolution within state-controlled justice systems bears witness to societies' shouldering responsibility with regard to law, which it no longer perceives as a transcendent and immutable matter against which it is powerless »⁴¹⁴.

Tel que le souligne Louise Lalonde, « [t]ant que les processus ne viseront que l'application du droit, sans remettre en cause l'énonciation normative, et le rôle de la norme comme cadre processuel de l'effectuation du droit, l'amplitude des réformes sera limitée au terrain de l'application, comme c'est le cas souvent dans les pratiques de médiation judiciaire, surtout en matière de normes d'ordre public, où le droit dans sa logique n'offre pas de terrain à la véritable construction commune »⁴¹⁵.

Ainsi, lorsqu'une médiation est prévue par la loi ou encore prévue par une institution officielle du droit, la solution qui émane de sa pratique a moins tendance à s'écarter du droit. Les acteurs sont portés à donner une interprétation juridique au problème à traiter ce qui ne permet pas à la médiation d'arriver à son plein potentiel. Par conséquent, la médiation devient un mécanisme qui fait partie du système judiciaire traditionnel et non une véritable alternative à ce dernier. Autrement dit, la médiation devient un mode pré-judiciaire. Ses pratiques sont limitées à l'appréhension du litige et à la recherche d'une entente qui mettra fin au litige. Selon certains auteurs, cette forme de médiation représente une insuffisance à l'offre de justice en ce qu'elle continue d'entretenir une conception plus positiviste du droit et moniste ou traditionnelle de l'accès à la justice, ce qui l'amène à appliquer la norme juridique positive, mais pour des motifs différents tenant du moment d'intervention et du degré d'obligatorité de la norme juridique applicable.⁴¹⁶ Ce faisant, plus la norme juridique est dominante dans la résolution d'un conflit plus la solution à celui-ci s'apparentera à une décision judiciaire. C'est ainsi qu'un tel usage des modes de PRD « [...] est en deçà du droit consenti et ne permet

⁴¹⁴ Otis, « Alternatie Dispute », *supra* note 138 à la p 75.

⁴¹⁵ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 55 à la p 345.

⁴¹⁶ Lalonde, « Les modes de PRD », *supra* note 47 à la p 21.

l'appréhension d'aucun pluralisme juridique non plus qu'elle n'entrevoit au niveau de la normativité juridique, quelque internormativité »⁴¹⁷ puisqu'ils sont utilisés une fois les procédures entamées, autrement dit, une fois le conflit judiciaire. Ainsi, la professeure Louise Lalonde considère donc qu'un tel usage des modes privés de règlement des différends n'offre pas une réelle transformation de la justice, si ce n'est qu'elle offre un lieu supplémentaire de gestion du litige.⁴¹⁸ Décrite de cette façon, la médiation ressemble davantage à de la négociation. Selon Louise Lalonde, ce n'est pas le rôle de la médiation que de négocier et d'arriver à un compromis. À cet effet, la professeure Lalonde précise :

Cette dernière vision conforte alors la critique de l'appauvrissement de la justice et le constat qu'aucune solution au problème de l'accès aux tribunaux n'est envisagée pour ce qu'il offre en termes de justice par le droit. L'accès à un tiers dont le mandat est d'assister la négociation semble la vertu principale de ces modes et limite conséquemment la notion même d'accès à la justice à l'accès à l'assistance dans la négociation d'un règlement.⁴¹⁹

Selon l'auteure, la médiation a plutôt comme objectif la coconstruction de normes par les acteurs, ce qu'elle associe à l'éthicisation du droit.⁴²⁰ Le fait de prendre en considération l'ensemble des faits et des normes qui composent le problème permet une contextualisation du conflit et, du coup, une meilleure effectivité des normes puisque ces dernières sont rattachées à l'ordre du monde vécu. Ce faisant, la médiation règle un conflit et non un litige. Cette forme de médiation, qui redonne pleinement aux parties le pouvoir de régler leur conflit, sera abordée un peu plus loin dans la présente étude.

En regard de la typologie de Macdonald, la médiation judiciaire semble davantage rejoindre la fin de la troisième vague où les assemblées législatives commencent à imaginer des institutions et des techniques innovatrices de règlement des conflits et où l'idée de « déjudiciarisation » de la justice civile fait son entrée.⁴²¹ Suivant ce sens, la médiation judiciaire représente plutôt un moyen complémentaire de gestion des conflits visant à pallier les problèmes de désengorgement des tribunaux et les délais de justice que d'une réelle alternative au système de justice traditionnel. Tel que le souligne Ginette

⁴¹⁷ *Ibid* à la p 19.

⁴¹⁸ *Ibid* à la p 27.

⁴¹⁹ *Ibid* à la p 22.

⁴²⁰ *Ibid*. Lire également Louise Lalonde, « État de droit et modes privés de gestion des différends », dans Daniel Mockle, dir, *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 291.

⁴²¹ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 26.

Latulippe, « [...] la médiation judiciaire est issue de l'insatisfaction relativement au système de justice traditionnelle perçu comme étant long, coûteux, inaccessible et insatisfaisant à plusieurs égards »⁴²². De ce fait, elle rejoint davantage la conception traditionnelle de l'accès à la justice car elle présuppose une approche plus positiviste du droit et du système de justice, de telle sorte que la médiation judiciaire offre la même justice que celle du judiciaire à la différence qu'elle est consensuelle. Ainsi, les parties, par l'entremise du juge ou des procureurs, se réfèrent au droit formel pour résoudre leur conflit. En arrière-plan, il demeure donc une conception positiviste de l'accès à la justice qui cherche à trouver un mécanisme pour faire tomber les barrières objectives de l'accès soient les délais, les coûts et la complexité des dossiers. Suivant une telle conception, peu de place semble être accordée à la participation des acteurs dans l'élaboration et l'application des normes en lien avec le contexte du conflit.

En revanche, les modes de PRD compris dans un sens plus large, c'est-à-dire laissant davantage de place à la participation des acteurs dans le processus de résolution du conflit, cadrent avec la conception de l'accès à la justice telle que décrite à la quatrième vague de la typologie de Macdonald qui s'intéresse au droit préventif. Ainsi, « [l]a 4^e vague insiste sur le fait qu'il faut aborder trois dimensions pour avoir accès à la justice (au-delà de mettre l'accent sur les conflits) : on a fini par comprendre les processus du MARC comme étant des stratégies pour éviter les litiges; on a compris qu'il fallait améliorer les processus pour impliquer le public dans les institutions qui adoptent et administrent les lois; et l'on accorde une plus grande importance au pouvoir régulateur d'organismes non publics »⁴²³. Il ressort de cette description une volonté de la communauté juridique de commencer à concevoir l'accès à la justice dans un sens plus large qui se distancie des institutions étatiques et officielles du droit.

Cette conception de l'accès à la justice par l'intermédiaire des modes de PRD, sous-tend une conception pluraliste et plus globalement postpositiviste de l'accès à la justice en ce qu'il n'y a plus un système universel pour régler les conflits. En effet, différentes avenues peuvent être considérées et elles ne proviennent pas nécessairement de l'ordre étatique

⁴²² Ginette Latulippe, *La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012 à la p 105 [Latulippe, « La médiation judiciaire »].

⁴²³ Bogart, Zemans et Bass, « Introduction », *supra* note 396 aux pp 2-3.

souverain et de la justice formelle, mais laisse place à une justice plus centrée sur les besoins des citoyens et leur participation dans la résolution des conflits. Suivant ce sens, « l'accès à la justice est subordonné à la reconnaissance des divers besoins des Canadiens – il n'existe pas de système universel »⁴²⁴.

Cette idée même de considérer la médiation comme une offre de justice ne semble pas rallier la communauté des juristes puisque, pour certains, la médiation n'est pas une justice. Ainsi, alors que les modes de PRD sont, d'un côté, présentés comme nouvelle offre de justice⁴²⁵, comme modèle de justice participative⁴²⁶, de l'autre, tel que le souligne le professeur Bernatchez⁴²⁷, leur rapport à la justice est interrogé et remis en doute⁴²⁸. La professeure Guillemard pose la question au-delà même de l'adéquation des modes de PRD comme offre de justice, en insistant sur la pertinence de la justice elle-même pour le règlement de différends : « lorsqu'un conflit oppose une personne à une autre, lorsque deux personnes ont une difficulté réelle, la solution passe-t-elle impérativement par la *justice*? »⁴²⁹. Tel que le sous-entend l'auteure, non seulement la justice ne serait pas nécessaire, mais la médiation n'y mènerait pas : « Plus précisément, demandons-nous si c'est à la justice que le citoyen est invité à participer en ayant recours à certains modes de PRD et en particulier à la médiation. Ou, en d'autres mots, la médiation mène-t-elle à la justice? » Telle qu'elle est conceptualisée par la professeure Guillemard, la justice demeure liée à des règles :

« À notre avis, tendre vers la justice implique nécessairement rechercher l'application ou le respect de règles, quelle qu'en soit la nature. Est injuste—ou tricheuse—la personne qui ne respecte pas les règles. On peut ajouter

⁴²⁴ *Élargir nos horizons*, *supra* note 27 à la p 25.

⁴²⁵ Lalonde, Louise. « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson et Lafleur 2005.

⁴²⁶ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains » *supra* note 132; Roberge, « La justice participative », *supra* note 131.

⁴²⁷ Bernatchez, « Le nouveau Code », *supra* note 140 à la p 237.

⁴²⁸ Sylvette Guillemard, « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », (2012) 53 C de D 189 [Guillemard, « Médiation »]. Voir aussi : Daniel Mockle, « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », dans Jean-Louis Baudouin dir, *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997 à la p 124.

⁴²⁹ Guillemard, « Médiation », *supra* note 428 à la p 196.

brièvement qu'une autre caractéristique de la justice « est de procéder par voie de commandement. »⁴³⁰

Sur ce point, la professeure Guillemard s'en remet aux propos du juriste belge Pierre-Yves Monette, professeur au Collège d'Europe, qui écrit : « ne nous leurrions pas - la médiation n'a nullement vocation à remplacer la justice »⁴³¹. L'auteure estime que cette assimilation de la médiation à « un nouveau chemin vers la justice »⁴³² repose sur aucun fondement solide et s'éloigne même plutôt de la raison d'être du processus et du choix que font les citoyens de l'utiliser. En somme, la professeure Guillemard affirme que la médiation constitue un excellent moyen de rétablir des relations qui se sont dégradées. L'arrière-plan théorique d'une telle position présuppose une conception de la justice rattachée au droit ce qui explique l'approche de l'auteure sur la médiation.

Prenant appui sur la médiation en matière de discrimination au travail, Katia Atif est d'avis que la médiation offerte à la Commission des normes du travail ne semble pas donner aux victimes un sentiment de justice. Selon elle, « [l]a non-reconnaissance d'une quelconque responsabilité de l'employeur, le caractère confidentiel des ententes et la directive de neutralité, imposant un cadre de simple conflit de travail à des vécus et des enjeux qui sont d'une autre nature en sont les principales causes »⁴³³. L'auteure poursuit en mentionnant qu'il existe une fausse perception à l'effet que le processus de médiation soit en soi un accès rapide à la justice : « [o]r, il n'est qu'un modèle de dédommagement à défaut de pouvoir rendre justice dans des délais raisonnables, car le modèle ne tiendra pas compte des situations de déséquilibre existant entre les deux parties, du caractère discriminatoire et des droits et obligations conférés par la *Charte des droits et libertés de la personne* »⁴³⁴.

De manière générale, les discours juridiques qui ont traité de l'accès à la justice en matière de droits de la personne rejoignent la quatrième vague de la typologie de

⁴³⁰ *Ibid* à la p 197. L'auteure cite ici Francis Delpérée, « Administration et médiation », Administration publique, Bruxelles, 1982 à la p 219.

⁴³¹ Pierre-Yves Monette, « De la médiation comme mode de résolution de conflits et de ses différentes applications », Symposium international de Bamako, 2011 à la p 54 (cité par Guillemard, « Médiation », *supra* note 428 à la p 197).

⁴³² Guillemard, « Médiation », *supra* note 428 à la p 189.

⁴³³ Atif, « La médiation », *supra* note 341 à la p 261.

⁴³⁴ *Ibid* aux pp 262-263.

Macdonald, s'intéressant au droit préventif. Ainsi, les fondements de ces discours correspondent à un accès à la justice « déjudiciarisé » c'est-à-dire qui permet d'éviter les litiges. Il demeure pour quelques auteurs, dont Louise Lalonde, que certains modes de PRD, par exemple la médiation judiciaire, proposent une offre de justice insuffisante en ce qu'ils intègrent une vision traditionnelle de la justice rattachée au droit qui mérite d'être reconsidérée du fait du lieu où s'offre la médiation. En ce sens, le professeur Roberge, parle d'une approche contextuelle de l'accès à la justice qu'il décrit de la manière suivante :

L'approche *contextuelle* de l'accès à la justice est un cadre de référence fondé sur trois paradigmes: la régulation, la normativité pluridisciplinaire et la proactivité des acteurs. Dans cette conception, l'accès à la justice peut être perçu selon l'équité des résultats, l'équité des processus et l'équité de l'interaction.⁴³⁵

Ce faisant, cette approche favorise le recours à des solutions consensuelles, communicationnelles et coopératives visant à adapter la question de l'accès à la justice aux attentes et aux besoins des justiciables qui ont largement évolué au cours des dernières années.⁴³⁶ En encourageant le recours à des espaces de justice fondés sur l'entraide, la communication et la proactivité des personnes, l'approche contextuelle harmonise ainsi le concept d'accès à la justice avec l'évolution des besoins des justiciables. L'approche contextuelle de l'accès à la justice s'appuie principalement sur le recours aux modes de PRD comme espaces de régulation. Entendu ainsi, l'approche contextuelle de l'accès à la justice permet alors de pallier aux insuffisances de l'offre de justice classique, composée essentiellement du recours judiciaire, à répondre à des besoins spécifiques. Suivant cette conception de l'accès à la justice, il ressort que celle-ci rejoint la fin de la quatrième vague et le début de la cinquième vague de la typologie de Macdonald alors que le contexte du conflit et la proactivité des acteurs dans la résolution de celui-ci sont des éléments clés à l'accès à la justice.

⁴³⁵ Roberge, « La justice participative », *supra* note 131 à la p 27 (italiques dans l'original).

⁴³⁶ L'Association du Barreau canadien signale que les besoins des justiciables ont en effet considérablement évolué en raison notamment de la mondialisation du commerce, la technologie, l'évolution des attentes des clients (voir Section 3.3 « Qu'attendent les clients des avocats, hormis les conseils? »), ainsi qu'un manque croissant d'accès aux services juridiques : Association du Barreau canadien, *Projet de l'ABC Avenirs en droit : Transformer la prestation des services juridiques au Canada*, Ottawa, août 2014, en ligne : ABC <<http://www.cbafutures.org>>.

Par ailleurs, certains auteurs poussent la réflexion plus loin en proposant une redéfinition de la justice qu'interpelle l'intégration dans l'offre de justice de ces modes de résolution des conflits. Pour ce faire, il semble que la participation des citoyens dans l'élaboration et l'application du droit est requise afin de permettre une contextualisation du conflit à leur réalité. Suivant cette approche, la justice est alors conçue comme une pratique par laquelle est construite une signification normative partagée au départ des contextes et formes de vie. C'est ainsi que cette conception permet l'accès à la justice dans le monde vécu.

3.1.2.2 L'accès à la justice dans le monde vécu

Il ressort des discours juridiques que peu d'auteurs ont envisagé une conception de l'accès à la justice qui place le citoyen au centre de leur réflexion. À l'inverse, Roderick A. Macdonald s'est intéressé, quant à lui, à la perception du sujet de droit, plus précisément afin de savoir dans quelle mesure ce dernier contribue à la création du droit. Une telle conception de l'accès à la justice rejoint la cinquième vague de la typologie de Macdonald portant sur l'accès proactif. En ce sens, certains auteurs affirment qu'il doit être confié aux citoyens le soin de déterminer à quel genre de justice ces derniers souhaitent avoir accès :

Nous avons [...] besoin de formes d'engagement public qui favorisent la participation consciente à la justice, des discussions approfondies sur le sujet et une réflexion éclairée sur la signification de la justice telle qu'elle apparaît dans des situations de la vie réelle. Nous devons nous efforcer de définir une notion universelle de justice, une notion qui puise dans la richesse de la diversité des expériences des Canadiens. Aller de l'avant en ce sens suppose qu'on l'on trouve des façons de faire participer chaque citoyen à une véritable réflexion sur la question la plus fondamentale à laquelle notre civilisation est confrontée.⁴³⁷

Macdonald interroge la justice de la manière suivante :

Sommes-nous capables, en tant que juristes, de comprendre comment rendre les institutions juridiques et les conceptions du juste plus fidèles aux attentes de toute la population? Sommes-nous en mesure d'offrir à ces groupes des mécanismes et des moyens de responsabilisation par lesquelles ils pourront

⁴³⁷ *Élargir nos horizons*, supra note 27 à la p 12; Lois Gander, « Nouveaux partenariats et nouveaux mécanismes de prestation » dans *Élargir nos horizons, redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000 à la p 70 [Gander, « Nouveaux partenariats »].

véhiculer leurs propres conceptions d'accessibilité à la justice?⁴³⁸

Selon Macdonald, différents mécanismes peuvent être utilisés pour régler des conflits. De manière plus précise, il prétend que « la plupart des mécanismes de règlementation donnent les meilleurs résultats lorsque ceux qui en sont touchés participent activement à leur conception et à leur fonctionnement »⁴³⁹. La médiation sous sa forme dite « transformative »⁴⁴⁰ implique l'accès à un tel genre de justice en permettant une construction de normes par le contexte. Tel que le souligne le professeur Stéphane Bernatchez : « [e]n ce sens, la fin visée par la médiation transformative « n'est pas de solutionner le conflit, mais de rétablir la relation, fondée sur l'*empowerment* et la responsabilisation des acteurs, en les amenant à coopérer afin de construire ensemble le problème et chercher de possibles voies pour l'aborder, voire peut-être le résoudre ».⁴⁴¹ Ce faisant, la médiation donne place à une nouvelle justice que Louise Lalonde qualifie de « justice transformatrice »⁴⁴².

Cette forme de médiation rejoint un mécanisme de réflexivité « qui amènerait les acteurs à s'interroger sur leur position de départ respective, de manière à la dépasser, pour chercher, ensemble, une solution susceptible d'assurer une forme de vivre-ensemble »⁴⁴³. Ainsi, le contexte entourant le conflit est pris en considération dans le choix des normes et dans la coconstruction de la solution par les parties. La finalité d'une telle médiation est notamment de remédier à une limite du droit, qu'est l'effectivité des lois. D'ailleurs, il a été soulevé dans la littérature que le champ des droits de la personne est certainement un de ceux où l'écart entre l'existence de la norme et la réalité de son application est le plus grand, et dont les effets sont au quotidien les plus ressentis.⁴⁴⁴ La médiation permet

⁴³⁸ Roderick A. Macdonald, « Accessibilité », *supra* note 210 à la p 480.

⁴³⁹ Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125 à la p 20.

⁴⁴⁰ Lalonde, *Mémoire*, *supra* note 412 à la p 11. Bernatchez, « Le nouveau Code », *supra* note 140 à la p 241.

⁴⁴¹ Bernatchez, « Le nouveau Code », *supra* note 140 à la p 241.

⁴⁴² Lalonde, « La médiation », *supra* note 282 à la p. 101. Voir aussi : Commission du droit du Canada, « De la justice réparatrice à la justice transformatrice », Commission du droit du Canada, « De la justice réparatrice à la justice transformatrice », document de discussion, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, Éditions du gouvernement du Canada Ottawa, 1999, en ligne : <http://publications.gc.ca/site/fra/84829/publication.html>.

⁴⁴³ Bernatchez, « Le nouveau Code », *supra* note 140 à la p 239.

⁴⁴⁴ Champeil-Desplats, « Effectivité et droits de l'homme », *supra* note 393 à la p 11. Voir aussi : Norberto Bobbio, *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998.

ainsi de réduire l'écart entre l'énonciation et l'application des normes puisqu'il y a une construction commune par les parties. Autrement dit, elle permet la mise en œuvre effective des normes juridiques dans le champ social. Suivant une telle forme, la médiation dépasse le droit et laisse place à l'internormativité et la réappropriation du conflit par les parties. C'est ainsi qu'elle représente un mode de PRD dans son plein potentiel de réalisation.

Macdonald parle, quant à lui, de médiation interculturelle qu'il décrit de la manière suivante :

La plupart des activités quotidiennes se font sans égard aux autres, et sans le regard des autres. On ne peut prétendre qu'il existe une situation d'équilibre statique entre ces divers groupes sociaux; il n'existe pas d'ordre définitif dans une société multiculturelle non plus qu'il n'existe de système normatif monolithique et intégré -- le droit étatique, par exemple -- pour régler l'action et l'interaction de ces groupes. L'espace public sert de lieu de rencontre où se produit le flou du quotidien; l'espace public sert de lieu de médiation interculturelle.⁴⁴⁵

Une telle conception de l'offre de justice par des modes de PRD dans leur plein potentiel de réalisation est d'autant plus pertinente en matière de droits de la personne où « [l]es droits fondamentaux recèlent, dans leur essence, une intention de reconnaissance de valeurs plurielles. La notion de discrimination actualise cette reconnaissance et elle offre protection à une pluralité de valeurs. Que l'on parle de liberté religieuse, d'expression, ou du droit à l'égalité, leur promotion est celle de la reconnaissance de cette diversité, de cette pluralité axiologique qui traduit ou devrait traduire des choix démocratiques fondamentaux »⁴⁴⁶. Considérant ainsi que les droits fondamentaux portent des valeurs⁴⁴⁷ et interpellent le pluralisme normatif, « seule une certaine forme d'appropriation des conséquences par les parties, dans les rapports privés, permet de véritablement rétablir ou reconstruire le lieu du conflit en considérant l'ensemble des conséquences subies dans

⁴⁴⁵ Macdonald, « L'hypothèse », *supra* note 243 à la p 137.

⁴⁴⁶ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 55 à la p 335.

⁴⁴⁷ *Ibid.*; Voir aussi : Luc Bégin, « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », (1997) 38 C de D 417; Michèle Rivet et Anne-Marie Santorineos, « Juger à l'ère des droits fondamentaux », (2012) 42 RDUS 363 à la p 23; Stéphane Bernatchez, « Le concept de droits », (2015) Hors série RQDI 131 à la p 153.

l'atteinte aux droits »⁴⁴⁸. Ce processus d'application du droit correspond à une méthode réflexive et procédurale de contextualisation du droit qui permet de redonner sens à la norme au niveau du monde vécu, ce qui présuppose la nécessité de recomposer l'arrière-plan normatif du conflit au départ de son contexte d'émergence. Hunyadi explique en ces termes cet arrière-plan contextuel :

[...] il faut dire qu'un problème moral émerge toujours sur le fond d'un arrière-plan contextuel normatif déjà donné. Cela veut dire simultanément et indissolublement que si le problème doit être résolu, l'arrière-plan normatif dont il se détache doit lui-même être en quelque manière modifié; sans quoi le problème n'aurait pas émergé : il se serait fondu dans l'arrière-plan et ne serait justement pas apparu en tant que problème. Donc un problème réactive nécessairement la relation complexe entre la situation litigieuse et son contexte d'émergence, c'est-à-dire l'arrière-plan qui à la fois la définit et dont elle se détache.⁴⁴⁹

Selon une telle approche contextuelle, « élaborer une norme, c'est définir une forme de vie et un nouveau contexte normatif d'arrière-plan. » En ce sens, Jacques Lenoble explique que « la réalisation de la forme de vie « idéale » appelée par la norme est conditionnée par autre chose que par la seule « validité » formelle de la règle. La norme ne peut s'inscrire dans le réel et y prendre « sens » qu'en s'appuyant, en mobilisant, en « faisant retour » (réflexivité) sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptées par les destinataires de la règle »⁴⁵⁰. Le professeur Bernatchez explique que « [p]our rendre possible ce retour sur le contexte factuel et normatif d'arrière-plan ainsi que sur les perceptions de formes de vie vécues et effectivement acceptées, il importe de mettre en place les dispositifs de gouvernance nécessaires. Or, les modes de PRD constituent un tel mode de gouvernance, en ce qu'ils assurent une construction commune du contexte »⁴⁵¹. En effet, les modes de PRD permettent d'insister sur la dimension internormative de la médiation en permettant aux acteurs de se réapproprier leur espace normatif.⁴⁵² C'est ainsi, tel que le souligne Jacques Lenoble, que

⁴⁴⁸ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 55 à la p 344.

⁴⁴⁹ Mark Hunyadi, *Morale contextuelle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008 à la p 28.

⁴⁵⁰ Lenoble et Maesschalck, « L'action », *supra* note 145 à la p 119.

⁴⁵¹ Bernatchez, « Le nouveau Code », *supra* note 140 à la p 259.

⁴⁵² *Ibid* à la p 253.

les modes de PRD traduisent une « contextualisation croissante des procédures d'élaboration et d'application des règles »⁴⁵³.

Suivant une telle approche, les normes auxquelles auront recours les acteurs pour la résolution de leur conflit doivent donc être construites et reconstruites selon le contexte d'arrière-plan du conflit. Une telle pratique opère une transformation de la justice par le contexte. Tel que le souligne Louise Lalonde, le contexte représente un élément majeur d'une construction nouvelle de la justice :

Le contexte est donc un élément majeur et prometteur dans la réalisation d'une construction nouvelle de la justice. Sans oser directement référer à sa « forme de vie potentialisante », comme le présente Lenoble, il semble que les corollaires avec cette définition du contexte devront être étayés afin d'entrevoir sa transposition aux modes de PRD. Cette communication n'en est toutefois certes pas le lieu. Les enjeux de cette réalisation sont contenus dans le processus lui-même, et le germe de la transformation se révèle dans l'appréhension élargie du conflit, non seulement en termes communicationnels en référence aux besoins et intérêts des parties, mais en regard des valeurs et normes qui le composent et se conjuguent parfois pour sous-tendre ces mêmes besoins et intérêts. Ces valeurs et normes permettent aussi et surtout de légitimer et de rendre efficiente la construction des consensus individuels de la décision.⁴⁵⁴

Tel que le souligne Louise Lalonde, cette nouvelle perspective du droit pose « la proximité au cœur du concept de droit, en appréhendant un lieu d'ancrage dans le social »⁴⁵⁵. Cette contextualisation du droit, qui requiert le retour sur les perceptions de formes de vie vécues et acceptées par les destinataires de la règle, rejoint en partie l'approche du droit du quotidien de Macdonald qui se définit comme la construction des rapports qui se construisent à partir des interactions de tous les jours fournissant le contexte pour nos aspirations individuelles et collectives.⁴⁵⁶ Le droit du quotidien se caractérise ainsi par le fait que « [c]haque personnalité est même le site d'une interaction constante entre les normativités qui correspondent à des appartenances sociales

⁴⁵³ Jacques Lenoble, « L'efficiencia de la gobernanza por el derecho – Para una contextualización procedimental del derecho », (2002-03) 33 RDUS 13 à la p 287 [Lenoble, « L'efficiencia »].

⁴⁵⁴ Lalonde, « Les modes de PRD », *supra* note 47 à la p 31. L'auteure fait référence à : Lenoble, « L'efficiencia », *supra* note 453.

⁴⁵⁵ Lalonde, « La Conférence de règlement à l'amiable », *supra* note 53 à la p 308.

⁴⁵⁶ Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125 à la p 6.

multiples »⁴⁵⁷. De plus, l'approche de la contextualisation du droit reprend ce qui est au cœur de la conception même de l'accès à la justice, telle que décrite à la cinquième vague de la typologie de Macdonald, soit l'importance des sujets de droit comme sujets créateurs de droit. Les sujets de droit se trouvent donc au centre de la réflexion afin de permettre une contextualisation du conflit à leur réalité et permettre ce que nous avons appelé l'accès à la justice dans le monde vécu.

Cette conception offre une réponse aux insuffisances du droit et du judiciaire à juger de valeurs plurielles. Dans un article intitulé « Mediation Helps Break Human Rights Logjam » l'avocate spécialisée en droits de la personne, Denise Workun, fait remarquer que : « [t]he use of mediation in the resolution of human rights disputes is undoubtedly a positive development in a system which has been criticized for failing to deliver effective and efficient remedies to victims of discrimination. »⁴⁵⁸ Il semble possible d'observer dans la communauté juridique une volonté d'adapter l'offre de service à la réalité des besoins et des valeurs des citoyens en matière d'accès à la justice. Tel que le souligne le rapport de la Commission du droit du Canada, « [l]a façon dont les citoyens et les citoyennes règlent leurs conflits doit être le reflet de leurs valeurs »⁴⁵⁹.

Une telle conceptualisation des modes de PRD correspond à la conception de l'accès à la justice prévue à la cinquième vague de la typologie de Macdonald qui met l'accent sur l'applicabilité de l'accès à la justice dans chaque aspect de la vie des citoyens. Ainsi, la corrélation entre la santé, les services sociaux, l'emploi, la protection contre le traitement inéquitable et le véritable accès à la justice sociale requiert un accès proactif à des stratégies de justice.⁴⁶⁰ La cinquième vague est donc axée sur l'*empowerment* citoyen par des institutions officielles et non officielles, qui donne aux parties le pouvoir sur le fond du conflit afin qu'elles puissent librement coconstruire une solution au problème. Pour Macdonald, cette vague lui paraît particulièrement importante entre autres parce que les institutions officielles, y compris celle issues de la deuxième vague, peinerait à

⁴⁵⁷ Belley, « une analyse séquentielle », *supra* note 305 à la p 65.

⁴⁵⁸ Denise Workun, « Mediation Helps Break Human Rights Logjam », 2000, en ligne : <http://www.nelligan.ca/e/mediationhelpsbreakehumanrightslogjam.cfm>.

⁴⁵⁹ Commission du droit du Canada, « La transformation des rapports humains » *supra* note 132 à la p x.

⁴⁶⁰ Bogart, Zemans et Bass, « Introduction », *supra* note 396 à la p 3.

répondre aux besoins spécifiques des minorités.⁴⁶¹ Cette observation rejoint celle que nous avons faite plus tôt en regard de l'insuffisance des tribunaux à statuer en matière de droits fondamentaux afin de rendre les droits effectifs.

Cette conception d'un accès proactif à la justice présuppose une approche théorique inspirée du postpositivisme juridique auxquels s'inscrivent le pluralisme juridique et le mouvement de procéduralisation du droit. Prônant une approche du pluralisme juridique radical, Macdonald affirme que « [w]hat makes radical pluralism radical is its apparent rejection of all these postulates (prescriptivism, monism, centralism and positivism) »⁴⁶² alors que « [t]raditional doctrinal and social scientific legal pluralism, by contrast, need only reject monism »⁴⁶³. Non seulement, le droit comprend « plus qu'un ensemble de concepts, d'institutions et d'instruments. Il est aussi une aspiration pour la justice qui se manifeste dans toute interaction humaine. »⁴⁶⁴ Tel que le souligne le professeur Jean-Guy Belley : « [l]a nouvelle problématique du pluralisme juridique conduit ainsi à observer la diversité sociale du droit à des paliers en profondeur moins formalisés, ceux des valeurs, des symboles et des catégories cognitives, en délaissant les paliers plus facilement observables des organisations, des règles explicites et des pratiques institutionnelles de régulation ou de règlement des conflits »⁴⁶⁵. Suivant cette conception, loin de demander comment le droit agit sur le sujet de droit (comme si le droit, que ce soit étatique ou sociologique, était une entité réelle), il s'agit de savoir comment les sujets de droit contribuent à la création du droit.

Cette conception du droit rejoint le sens de l'accès à la justice tel qu'entendu à la cinquième vague de la typologie de Macdonald. Suivant cette approche, l'accès à la

⁴⁶¹ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 46.

⁴⁶² Roderick A. Macdonald, « HERE, THERE... AND EVERYWHERE Theorizing Legal Pluralism; Theorizing Jacques Vanderlinden » dans Lynne Castonguay et Nicolas Kasirer, dir, *Études offertes à Jacques Vanderlinden, Étudier, et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain*, Bruylant, Éd. Yvon Blais, 2006, 381 à la p 402.

⁴⁶³ *Ibid.*

⁴⁶⁴ Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125 à la p 8.

⁴⁶⁵ Jean-Guy Belley, « Le Droit comme *terra incognita*: Conquérir et construire le pluralisme juridique », (1997) 12 Can. J.L. & Soc. 1 à la p 10. L'auteur réfère ici à Gurvitch de la manière suivante : Pour l'étude scientifique de la réalité sociale du droit envisagée dans la pluralité de ses paliers en profondeur, la problématique esquissée par Gurvitch reste encore avant-gardiste et injustement négligée. Georges Gurvitch, *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940 à la p 167 et s.; Georges Gurvitch, *Sociology of Law*, London, Routledge, 1947 à la pp 174 et s. Pour une synthèse, voir Jean-Guy Belley : « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique » (1986) 4 Droit et Société 353.

justice veut surtout dire que les citoyens doivent être capables de trouver la justice dans leurs activités humaines quotidiennes, autrement dit dans le droit vivant⁴⁶⁶. En ce sens, Macdonald précise que :

Our interactions with others, [...] give us the opportunity to form expectations and develop self-constraint, and provide the context for our individual and collective aspirations. Law is not only a set of imposed rules, but it is also the outcome of social interactions. In this view, law arises *out of* social relations; it is not imposed *on* them. The implicit assumption is that law is embedded in social relations.⁴⁶⁷

Dit brièvement, le droit se définit alors comme la construction des rapports sociaux à partir des interactions humaines de tous les jours. Selon Macdonald, la société, et non le droit, constitue le lieu où réside vraiment la justice.⁴⁶⁸ Partant de cette conception, c'est à une justice citoyenne, dans le monde vécu, à laquelle le citoyen a accès en vertu de cette approche. La conception de l'accès à la justice de la cinquième vague, consiste alors à une offre de justice qui laisse place à l'interpellation des acteurs dans l'élaboration et l'application des normes.

Par ailleurs, le législateur québécois semble avoir pris cette voie avec le nouveau *Code de procédure civile*⁴⁶⁹ en proposant une réforme de la procédure civile qui propose un changement de culture⁴⁷⁰ accordant une place importante au justiciable. En effet, le nouveau Code adopte cette tendance qui prétend que « les justiciables semblent éprouver le besoin de régler leur différend autrement que par une décision imposée et préfèrent opter pour une solution mutuellement satisfaisante »⁴⁷¹. Dans le même sens, Louise Otis écrit : « Selon ce que j'observe, la société québécoise a désormais atteint une maturité collective qui lui permet de prendre en charge sa destinée judiciaire et de participer à la solution de ses problèmes »⁴⁷². Le nouveau Code propose ainsi le recours à des modes de

⁴⁶⁶ Macdonald, « Le droit du quotidien », *supra* note 125.

⁴⁶⁷ Rosanna Langer, « Book Review: Lessons of Everyday Law/Le Droit du Quotidien », by Roderick A. Macdonald », (2004) 42:1 Osgoode Hall Law Journal 176 à la p 176.

⁴⁶⁸ Macdonald, « La justice », *supra* note 107 à la p 51.

⁴⁶⁹ Nouveau Code, *supra* note 7.

⁴⁷⁰ Institut de médiation, « Mémoire », *supra* note 141.

⁴⁷¹ Latulippe, « La médiation judiciaire » *supra* note 422 à la p 104. Voir aussi : Macdonald, « Accessibilité », *supra* note 210 à la p 479.

⁴⁷² Louise Otis, « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire », 8^e conférence Albert-Mayrand, Montréal, Éditions Thémis, 2005 aux pp 13 et 14. Voir aussi : Association du Barreau canadien, *Projet de l'ABC. Avenirs en droit. La perspective des clients*, 2013 à la p 8.

PRD privés avant le litige. Ce faisant, les parties doivent considérer le recours aux modes alternatifs de règlement avant que le conflit soit judiciairisé et que des procédures soient entamées. En ce sens, l'article 1 du nouveau Code prévoit que :

Les modes privés de prévention et de règlement des différends sont choisis d'un commun accord par les parties intéressées, dans le but de prévenir un différend à naître ou de résoudre un différend déjà né.
[...]

Les parties doivent considérer le recours aux modes privés de prévention et de règlement de leur différend avant de s'adresser aux tribunaux.

Le nouveau Code marque un changement de paradigme, qui est le corolaire de ce que nous venons de présenter, en reconnaissant qu'un troisième acteur, au côté des acteurs traditionnels que sont les praticiens et les juges, participe également à la justice civile. Il s'agit du justiciable lui-même. Plusieurs dispositions du nouveau Code laissent présager une vision de la justice davantage axée sur la participation des justiciables dans la résolution des conflits. Comme le prévoit le deuxième paragraphe de sa disposition préliminaire, le nouveau Code entend placer le justiciable au centre de la réforme de la justice civile puisqu'il vise dorénavant à favoriser sa participation : « Le Code vise à permettre, dans l'intérêt public, la prévention et le règlement des différends et des litiges, par des procédés adéquats, efficaces, empreints d'esprit de justice et favorisant la participation des personnes. »

Par conséquent, le nouveau Code propose un passage d'une conception classique de l'accès à la justice à une conception postpositiviste de celle-ci. Il correspond aux dernières vagues de Macdonald portant sur la déjudiciarisation du droit, le droit préventif et l'accès proactif à la justice en ce qu'elles proposent des méthodes qui permettent de sortir du strict cadre juridique et de considérer le conflit dans une perspective plus globale et contextuelle. L'idée ici n'est plus de considérer les modes de PRD comme un des moyens complémentaires de gestion des conflits, mais plutôt comme une réelle alternative aux recours traditionnels que sont les tribunaux. De plus, les modes privés laissent plus de place à la participation des parties dans la construction d'une solution commune puisque l'objectif est qu'elles s'approprient le conflit afin de faire ressortir les éléments qui sont à l'origine du problème, la manière que chacune d'elles perçoit le

conflit et les valeurs partagées entre les parties qui permettront de trouver les règles communes afin de résoudre le conflit.

Ces changements présupposent une conception de l'accès à la justice moins centrée sur l'accès aux tribunaux et à l'institution de justice en tant que telle, mais s'intéressant au droit préventif et à l'accès proactif de la justice tels que décrits aux quatrième et cinquième vague de la typologie de Macdonald. Il s'ensuit donc une conception renversée de l'accès à la justice qui privilégie maintenant la participation des citoyens dans la résolution des conflits alors que les tribunaux sont considérés comme une solution de dernier recours. Suivant cette conception, la justice ne correspond pas uniquement à un droit formel, mais elle représente notamment le reflet du juste qui se trouve dans le droit de tous les jours tel qu'établi par Macdonald dans la cinquième vague.

L'un des principaux défis du système de justice actuel réside dans la difficulté qu'éprouvent les tribunaux à rendre les droits effectifs, et ce, pour différentes raisons, notamment à cause de la surcharge de ceux-ci, mais aussi parce qu'ils ne représentent pas toujours le meilleur forum pour résoudre les conflits. Dans les nouvelles mesures proposées, le nouveau Code semble vouloir remédier à ces insuffisances en incitant les citoyens à régler leurs conflits en ayant recours aux moyens qui répondent le mieux à leurs attentes et à leurs besoins⁴⁷³.

En transposant cette vision à l'accès à la justice au domaine des droits de la personne, cela permettrait de proposer un modèle d'accès à une justice tenant compte de la contextualisation du sens des droits dans le monde vécu, c'est-à-dire d'une pluralité de normes établies et négociées par les parties afin qu'elles puissent contrôler le processus de résolution de leur conflit. Une telle approche de l'accès à la justice redonnerait pleinement aux parties le pouvoir d'élaborer et d'appliquer la loi à la lumière de la

⁴⁷³ Louis Marquis, « La prévention et le règlement des différends : socles du nouveau *Code de procédure civile du Québec*, dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile »?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 373 à la p 383 et s.; Anne-Marie Santorineos, « Le nouveau *Code de procédure civile* : vers un accès proactif à la justice » dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile »?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014, 339.

cinquième vague de la typologie de Macdonald. Autrement dit, une telle approche permettrait un accès à la justice dite réflexive, c'est-à-dire dans le monde vécu.

3.1.3 Synthèse

Selon Pearl Eliadis, le Québec dans le domaine des droits de la personne « est l'une des juridictions les moins accessibles au Canada, tirées de recherches présentées dans le livre *Speaking Out on Human Rights: Debating Canada's Human Rights Systems* [...] qui traite du rôle de plus en plus restreint et secondaire que donne la Cour d'appel du Québec au Tribunal des droits de la personne »⁴⁷⁴. Comme nous l'avons vu, la décision dans l'arrêt *Ménard c. Rivet* a eu différentes répercussions sur l'accès au Tribunal des droits de la personne dont notamment restreindre la portée du recours individuel. À la suite de cet arrêt, plusieurs juristes se sont intéressés à la question de l'accès à la justice en matière de droits de la personne. La présente étude permet de constater que cette notion peut revêtir différents sens. Pearl Eliadis précise à ce sujet que l'accès à la justice « encompasses many different concepts, from the formality of legal proceedings to the cost or necessity of lawyers, and from judicial delays to the availability of alternative dispute resolution mechanisms »⁴⁷⁵. Ces différentes conceptions ont d'ailleurs été soulevées par les discours juridiques en la matière. Ainsi, certains auteurs attribuent une conception traditionnelle à l'accès à la justice en incitant sur le rétablissement du recours individuel au Tribunal ou encore sur l'accès direct à ce dernier alors que d'autres proposent l'élargissement de sa compétence. Par ailleurs, d'autres auteurs vont plus loin dans leur réflexion et proposent une conception élargie de l'accès à la justice, par exemple, qui se réaliserait par le recours aux modes de PRD.

De manière générale, les discours juridiques se sont intéressés aux conceptions de l'accès à la justice qui ont comme dénominateur commun une référence à l'accès au système de justice. L'arrière-plan de ces trois premières vagues correspond à une conception plus traditionnelle de l'accès à la justice qui consiste à faciliter le recours aux tribunaux. Cette conception relève du positivisme juridique en ce que l'accès à la justice est pensé suivant le présupposé voulant que le droit soit toujours le produit d'une activité explicite des

⁴⁷⁴ Eliadis, « Rethinking », supra note 354 à la p. 220.

⁴⁷⁵ *Ibid* à la p 221.

institutions. C'est ainsi que la conception de l'accès à la justice, telle que décrite dans les trois premières vagues, propose des solutions afin de surmonter les barrières objectives à l'accès tels que les coûts, les délais et la complexité des dossiers. Pourtant, il ressort de l'analyse des discours juridiques que même si toutes les barrières objectives et institutionnelles étaient abattues, l'inaccessibilité à la justice ne disparaîtrait pas, de ce fait même.⁴⁷⁶ Ce constat semble attribuable au fait que les citoyens, laissés à eux-mêmes, ne se retrouvent pas dans le système de justice. Par conséquent, tel que le souligne Trevor, « an unreflective justice system essentially amounts to an inaccessible justice system »⁴⁷⁷. Cette situation a pour effet de diminuer la confiance du public. Tel que le note le professeur Noreau, « [t]outes les études sociologiques réalisées au cours des 15 dernières années concluent dans le même sens : la confiance du public vis-à-vis des tribunaux passe rarement la barre des 50% »⁴⁷⁸. À cet égard, le professeur Farrow souligne que : « [...] overall public confidence in the justice system is “declining.” »⁴⁷⁹.

Bien que la fin de la troisième vague ouvre la porte à une conceptualisation moins formelle de l'accès à la justice, en laissant ainsi pénétrer des préceptes du pluralisme juridique entendu dans son sens le plus faible, tels que la possibilité de recourir à la médiation judiciaire, c'est réellement lors des quatrième et cinquième vagues qu'une conception plus élargie de l'accès à la justice est proposée et qu'une transformation de la notion est envisagée. En effet, les conceptions de l'accès à la justice, telles que prévues aux deux dernières vagues de la typologie de Macdonald, permettent d'appréhender l'accès à la justice dans une perspective plus large orientée sur les besoins des citoyens et la participation de ces derniers dans la résolution du conflit. Ainsi, elles offrent une réponse aux insuffisances du système de justice universel et souverain à rendre justice, particulièrement en matière de droits fondamentaux. En arrière-plan de ces deux vagues, se trouve une conception postpositiviste du droit et de la justice qui permet de considérer l'internormativité qui compose une situation conflictuelle ainsi que la réappropriation du

⁴⁷⁶ Macdonald, « Accessibilité », *supra* note 210 à la p 478.

⁴⁷⁷ Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 à la p 974.

⁴⁷⁸ Noreau, « Avenir », *supra* note 3 à la p 4. Voir aussi : Québec, Ministère de la justice, *Rapport : Enquête sur le sentiment d'accès et la perception de la justice au Québec*, Ministère de la justice, Québec, avril 2016.

⁴⁷⁹ Farrow, « What is Access to Justice? », *supra* note 3 à la p 973.

conflit par les parties, ce que permet d'ailleurs la médiation. En ce sens, la quatrième vague s'intéresse au droit préventif. Ce faisant, cette vague reflète la reconnaissance que le véritable accès à la justice doit englober de multiples dimensions des modes alternatifs de résolution des conflits.⁴⁸⁰ Comme nous avons tenté de l'expliquer lors de l'analyse des discours juridiques, la médiation peut prendre différentes formes qui n'offrent pas toutes le même potentiel de réalisation de la justice. Elle peut ainsi représenter un mode de résolution des conflits qui est utilisée dans la logique du droit ou encore un dispositif d'énonciation et d'application normative. Sous sa première forme, la médiation semble correspondre davantage à une conception traditionnelle du droit alors que, sous sa deuxième forme, elle rejoint une conception postpositiviste en ce qu'elle prend en considération l'ensemble des faits et des normes qui composent le problème ce qui permet une meilleure effectivité des normes puisque ces dernières sont rattachées à l'ordre du monde vécu. En matière de droits de la personne, une telle approche permet donc de surmonter l'insuffisance du judiciaire à statuer sur des droits porteurs de valeurs ce qui suggère une contextualisation du conflit permettant l'élaboration et l'application des normes par les parties. À cet égard, la professeure Lalonde propose donc « [u]ne approche qui permette d'appliquer contextuellement la Charte comme instrument de promotion des droits, plutôt que comme norme d'application d'une protection civiliste de la réparation, intégrant alors une véritable pluralité axiologique »⁴⁸¹.

Ce faisant, la conception élargie de l'accès à la justice propose l'accès à une justice que nous avons appelé citoyenne, dans le monde vécu, où les normes sont créées par les acteurs et qui favorise la participation des citoyens à la régulation sociale et à la résolution du conflit.

Conclusion

L'étude des discours juridiques permet de constater que la plupart des juristes traitent des aspects de l'accès à la justice relatifs à l'accès aux tribunaux et aux institutions.

⁴⁸⁰ Macdonald, « L'accès à la justice aujourd'hui », *supra* note 65 à la p 27.

⁴⁸¹ Lalonde, « L'application de la Charte », *supra* note 55 à la p 26.

Autrement dit, la littérature propose un accès à une justice civile où prédominent le droit étatique et souverain ainsi que ses acteurs, tels les juges et les avocats. Cette conception de l'accès à la justice ne semble plus rejoindre les mentalités de notre société occidentale. Il semble difficile de dire qu'aujourd'hui avec la multiplicité des droits, des conflits et des différences culturelles qu'un système de justice unique et universel permette un accès égal à la justice. D'ailleurs, le législateur québécois vient lui-même de reconnaître, à l'occasion de la réforme de la procédure civile, cette transformation que connaît le droit en plaçant les modes de prévention et de règlement des différends à l'avant-plan. La solution apportée uniquement par le droit dans notre société pluraliste ne fait pas consensus. Le jugement imposé est sévèrement évalué, puisqu'il est souvent source d'insatisfaction. De plus, il a été démontré que les justiciables semblent éprouver le besoin de régler leur différend autrement que par une décision imposée et préfèrent opter pour une solution mutuellement satisfaisante. D'ailleurs, cela fait longtemps que certains érudits nous ont averti que le système de justice ne rendait pas nécessairement la justice.⁴⁸² Face à de tels constats, il nous est apparu important de comprendre et mettre en lumière les fondements des discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne afin de relever les différents sens que peut revêtir cette notion. Rappelons la question à laquelle la présente recherche tente de répondre :

Comment la typologie de l'accès à la justice élaborée par Roderick A. Macdonald permet-elle de comprendre les fondements des discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne, en éclairant leurs conceptions de l'accès à la justice et du droit ?

Dans le cadre de la recherche proposée, la typologie des cinq vagues de l'accès à la justice de Roderick A. Macdonald a servi de grille de lecture afin d'éclairer les fondements des discours juridiques. Cette typologie, qui suit l'évolution et les transformations qu'ont connues le droit et la justice au cours des dernières décennies, s'est avérée une grille de lecture fort pertinente afin de situer les discours juridiques au travers des cinq vagues faisant ainsi ressortir les différentes conceptions de l'accès à la justice et implicitement celles du droit qu'elles présupposent. Celle-ci a ainsi permis de

⁴⁸² Currie, « Surfer », *supra* note 165 à la p 49. L'auteur réfère dans son texte à : Marc Galantner, « The Duty *Not* to Deliver Legal Services », (1976) 30 *Miami Law Review* 929 et Marc Galantner, « Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change », (1974) 9:1 *Law and Society Review* 95.

relever l'implicite en arrière-plan des discours des auteurs et des acteurs afin de comprendre l'arrière-plan théorique de la conceptualisation qu'ils portent de l'accès à la justice. Ce faisant, il ressort de la présente étude que les discours ayant comme arrière-plan une posture théorique se rattachant davantage aux trois premières vagues de la typologie de Macdonald présupposent une conception plus traditionnelle de l'accès à la justice en ce que les juristes proposent un accès à la justice fondé sur un système de justice unique et universel rejoignant ainsi la conception positiviste du droit. Quant aux discours ayant comme arrière-plan une posture théorique rejoignant davantage les deux dernières vagues de la typologie, ils sont sous-tendus par une conception élargie de la notion du fait que l'accès à la justice est envisagé de manière à considérer différentes avenues afin de résoudre un conflit et en laissant place à une justice plus centrée sur les besoins des citoyens et leur participation dans la résolution des conflits. C'est ainsi qu'il est possible de constater, grâce à une analyse des discours juridiques sous le regard de la typologie de Macdonald, que la littérature a de manière générale entendu l'accès à la justice en termes d'accès aux tribunaux.

De telle sorte, l'analyse des discours juridiques nous a menée vers plusieurs constats qui semblent confirmer l'hypothèse proposée au début de cette étude : les fondements des discours juridiques démontrent, en majorité, un ancrage dans le positivisme juridique, à telle enseigne qu'ils véhiculent une conception plus positiviste du droit et moniste ou traditionnelle de l'accès à la justice. En effet, l'étude des fondements des discours juridiques permet de démontrer que les auteurs possèdent pour la plupart la même posture juridique et ainsi offrent une conceptualisation semblable du sujet. Ce faisant, il ressort des discours juridiques que les auteurs semblent mobiliser une préconception positiviste du droit dans leur conception de l'accès à la justice. Il en résulte le constat d'une insuffisance de l'offre de justice traditionnelle à assurer à la fois l'effectivité des droits et l'efficacité de la résolution des conflits selon les besoins des citoyens, et ce, de manière plus marquée en matière de droits de la personne alors que la logique juridique de la *Charte* est fort complexe.

En ce sens, il ressort de l'analyse des discours juridiques que ce sont les barrières objectives à l'accès qui sont principalement prises en considération dans la réforme du

droit puisqu'elles rejoignent la métaphore instrumentale des barrières visant des problèmes dans le système de justice et non une réflexion sur la justice elle-même. Tel que le mentionne le professeur Noreau, « ces solutions tiennent cependant toutes d'une conception parfaitement institutionnalisée de la justice. Elles visent à corriger un système plutôt qu'à mobiliser les idéaux que chaque société place derrière la notion de « justice »⁴⁸³. Ce faisant, « [r]endre plus objectivement accessibles les institutions chargées du règlement des différends ne règlera pas les principales défaillances du droit officiel pour la simple et bonne raison que le droit officiel est, d'une multitude de façons, la cause de ces défaillances »⁴⁸⁴.

Ainsi, l'étude des discours juridiques permet de constater une perte de la légitimité de l'institution de justice dans la mesure où elle est incapable d'élaborer des mécanismes de prestation appropriés en matière d'accès à la justice en imposant, de façon autoritaire, sa solution en droit aux justiciables pour mettre fin à leurs litiges. Cela peut s'expliquer par le fait qu'une tendance semble se tracer dans les discours juridiques qui prétend que les justiciables souhaitent être davantage parties prenantes dans la résolution de leur conflit et préfèrent opter pour une solution mutuellement satisfaisante, qui repose dès lors sur le consensus et la participation de ces derniers à son élaboration. Il y aurait ainsi « une demande non seulement pour un système de justice plus efficace et moins cher, mais aussi pour une autre forme de justice. [...] Ce courant nous incite à changer la façon dont nous concevons le droit en général et la façon dont nous le vivons au quotidien »⁴⁸⁵. Suivant ce qui vient d'être dit et des observations soulevées par la présente recherche, il faut donc réfléchir sur l'offre de justice et comment peut-elle répondre aux besoins des citoyens et aux mutations du droit et de la justice?

Face à un tel questionnement, les institutions doivent être en mesure de suivre cette évolution et de rendre compte de la perception du justiciable ainsi que de ses attentes et de ses besoins afin d'offrir un système juridique adapté aux nouvelles réalités du monde vécu. L'idéal de justice, selon nous, se trouve dans une réappropriation par les parties de leur droit ce qui présuppose une transformation de la justice. Comme il semble y avoir un

⁴⁸³ Pierre Noreau, « Accès à la justice et démocratie en panne », *supra* note 4 à la p 41.

⁴⁸⁴ Macdonald, « La justice », *supra* note 107 à la p 51.

⁴⁸⁵ Deschamps, « L'accès à la justice », *supra* note 108 à la p 251.

désengagement des citoyens envers le système de justice, il s'avère que la solution afin de redonner confiance à la population est l'importance de remettre entre les mains du citoyen la tâche de redéfinir le droit. L'engagement des citoyens dans la réforme du droit permettrait alors d'assurer sa pertinence, son efficacité, son accessibilité à tous et sa justice.⁴⁸⁶ Ainsi, « la réintroduction du citoyen est la condition première de cette redéfinition [de la justice], tant dans la définition des problèmes et des solutions que dans une perspective plus générale visant à faire de ces *sujets du droit* de véritables *sujets de droit* »⁴⁸⁷. Suivant cette proposition, la conception de l'accès à la justice est davantage centrée sur la collectivité et les besoins des citoyens permettant ainsi de pallier à l'insuffisance de l'offre de justice en rendant effectifs les droits. À cet égard, les réflexions de Macdonald soulignent le gouffre qui sépare le système officiel (le système composé des avocats, des tribunaux et de la justice officielle) et le véritable droit vivant de l'interaction humaine quotidienne.⁴⁸⁸

L'analyse des discours juridiques à la lumière de la typologie de Macdonald a permis d'éclairer les fondements des discours juridiques sur l'accès à la justice en matière de droits de la personne et de montrer comment certains discours juridiques tiennent une conception traditionnelle de la notion se rattachant au positivisme juridique alors que d'autres prônent une conception plus élargie de l'accès à la justice basée sur le postpositivisme suivant différents courants tels que ceux du pluralisme juridique et de la procéduralisation du droit. Ce faisant, il ressort de la présente étude que l'hypothèse du

⁴⁸⁶ Commission du droit du Canada, *Budget des dépenses, Rapport sur le rendement (pour la période se terminant le 31 mars 2002)*, ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa, Éditions du gouvernement du Canada, 2002, Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, en ligne : www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/LCC/LCC0102dpr_f.pdf (16 février 2009).

⁴⁸⁷ Noreau, « Accès à la justice et démocratie en panne », *supra* note 4 à la p 43 (italiques dans l'original). Comme l'indique aussi Diana Lowe : L'importance d'établir un dialogue avec les membres du système et d'être à l'écoute afin d'être en mesure de réagir efficacement ne fait plus de doute. Il est à se rappeler que le système de justice civile existe pour le public et non pour les avocats, les juges ou l'administration des tribunaux. Il faut alors changer les manières de faire puisqu'apparemment elles ne répondent pas aux attentes réelles du public » (traduit de l'anglais dans Noreau, « Accès à la justice et démocratie en panne », *supra* note 4 à la p 43). Diana Lowe, *What does the Public Really Want from their Lawyers and from the Justice System?* dans l'Association du Barreau canadien (section de la Colombie-Britannique), *Bar Talk Calgary* (Alb.), Forum canadien sur la justice civile, octobre 2005 à la p 2. Lire également Michel J. Doyon, « Les défis de la justice : une affaire de tous », *Journal du Barreau*, mai 2008, vol. 40, n° 5.

⁴⁸⁸ Gilles Paquet, « L'accès à la justice dans un contexte élargi », dans *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000 à la p 90 [Paquet, « L'accès »].

pluralisme juridique et, plus globalement, l'approche postpositiviste s'avèrent pertinentes afin d'étudier la problématique de l'accès à la justice puisqu'elles permettent de révéler l'impact de divers ordres juridiques autonomes et concurrentiels dans nos vies quotidiennes et de pousser la réflexion sur l'accès à la justice au-delà de l'arrière-plan du positivisme juridique qui méconnaît trop souvent la réalité du monde vécu. En effet, « dans les sociétés modernes et pluralistes, rares sont les questions sur lesquelles il existe un consensus social que le droit pourrait se borner à refléter »⁴⁸⁹. Ainsi, l'étude de la notion d'accès à la justice sous le regard du pluralisme et du postpositivisme permet de donner une conception de l'accès à la justice correspondant davantage aux réalités d'aujourd'hui. Par cette notion dynamique du droit construit réciproquement par les sujets et les institutions officielles du droit, le pluralisme juridique donne une légitimité aux interprétations autres que celles des magistrats ou des élites de la communauté juridique. Par ailleurs, l'analyse des discours juridiques a permis de constater que certains des fondements des auteurs se rattachent à d'autres courants du postpositivisme juridique tel que le mouvement de procéduralisation et de contextualisation du droit. C'est ainsi que les conceptions de l'accès à la justice envisagées en vertu des quatrième et cinquième vagues de la typologie de Macdonald proposent des processus qui permettent une réappropriation du conflit par les parties, ce qui suppose une coconstruction des normes par ces dernières ainsi que leur application dans le contexte du conflit. Une tel processus est d'autant plus souhaitable en matière de droits fondamentaux dans la mesure où il permet de mieux appréhender le conflit en proposant un cadre normatif établi par les parties et qui prend en compte leurs besoins et leurs valeurs dans la résolution du conflit. Suivant une telle approche, l'accès à la justice offre aux justiciables une justice citoyenne, dans le monde vécu. C'est en s'inspirant des fondements qui sous-tendent ces conceptions plus élargies de l'accès à la justice qu'il nous est possible d'entrevoir une nouvelle lecture de l'accès à la justice en matière de droits de la personne, à tout le moins, d'évaluer le potentiel d'élargissement de la notion.

En ce sens, afin de proposer une nouvelle lecture de l'accès à la justice en matière de droits de la personne, les réflexions doivent être poursuivies en prenant appui sur un

⁴⁸⁹ Julie Ringelheim, « Droit, contexte et changement social » (2013) 70 RIEJ 157 à la p 159.

arrière-plan conceptuel qui puisse proposer une conception élargie de l'accès à la justice. Nous croyons que c'est par un retour vers le citoyen qu'il est possible d'atteindre un accès à la justice qui permet une réelle effectivité des droits et qui procure aux citoyens un vrai sentiment de justice. C'est en prenant en compte les caractéristiques propres des citoyens et de ce qu'ils attendent en matière de justice qu'il est possible de proposer une lecture de l'accès à la justice qui répond aux limites actuelles du judiciaire à rendre effectifs les droits fondamentaux. Tel que le souligne d'ailleurs Macdonald, la complexité accrue des interactions humaines et l'intégration d'une plus grande diversité de composantes plaident en faveur d'une intensification du rôle des citoyens dans le système de justice ou, plus précisément, dans le processus de création du droit.⁴⁹⁰ De même, le professeur Lois Gander explique que le sens de la notion de justice « réside dans la compréhension que chaque personne en a. S'il n'est pas fixé, nous pouvons créer le droit ou la justice que nous voulons. D'une part, cet exercice est libérateur; d'autre part, il en découle pour nous une obligation morale non seulement au regard des lois particulières que nous adoptons, mais également au regard de la notion même de loi que nous perpétons et du genre de justice que nous visons »⁴⁹¹.

En somme, si nous voulons relever le défi de notre époque, nous devons considérer de nouvelles formes d'accès à de nouvelles conceptions de justice, ce qui suppose de retrouver le premier partenaire qu'a connu la société, le citoyen, et de lui redonner le plein pouvoir d'exercer son rôle démocratique le plus ancien : décider dans quel genre de société nous voulons vivre et quelle forme de justice nous voulons.

⁴⁹⁰ Paquet, « L'accès », *supra* note 488 à la p 91.

⁴⁹¹ Gander, « Nouveaux partenariats », *supra* note 437 à la p 69.

Bibliographie

I. LÉGISLATION

A. Canadienne

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R-U), 1982, c. 11.

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, (R-U), 1982, c. 11.

B. Québécoise

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ c. C-12.

Code de procédure civile, RLRQ c. C-25.01.

Loi instituant le Fonds Accès Justice, LQ 2012, c 3.

Règlement du Tribunal des droits de la personne, RLRQ c C-12, r 6.

C. Autres provinces canadiennes

Code des droits de la personne, L.R.O. 1990, c. H-19, art. 45.13 (1).

II. JURISPRUDENCE

A. Cour suprême du Canada

AIC Limitée c. Fischer, [2013] 3 RCS 949.

Bisaillon c. Université Concordia, [2006] 1 RCS 666.

British Columbia Gouvernement Employees' Union c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1988] 2 RCS 214.

Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc., 2010 CSC 62; *Canada (Procureur général) c. McArthur*, [2010] 3 RCS 626.

Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan, [2003] 3 RCS 371.

Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie, [2007] 1 RCS 873.

Hollick c. Toronto (Ville), [2001] 3 RCS 158.

Hryniak c. Mauldin, [2014] 1 R.C.S. 87.

Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu), [2007] 1 RCS 38.

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), [2015] 2 RCS 3.

Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.), [1999] 3 RCS 46.

R. c. Conway, [2010] 1 RCS 765.

Seidel c. TELUS Communications Inc., [2011] 1 RCS 531.

Trial Lawyers Association of British Columbia c. Colombie-Britannique (Procureur général), [2014] 3 RCS 31.

Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton, [2001] 2 RCS 534.

B. Cour d'appel du Québec

Centre hospitalier St-Joseph de La Malbaie c. Dufour, 1998, REJB 1998-08817.

Collège François-Xavier Garneau c. Québec (Tribunal des droits de la personne), 2004 CanLII 28722.

Cosoltec inc. c. Structure Laferté inc., 2010 QCCA 1600.

For-Net Montréal Inc. c. Chergui, 2014 QCCA 1508.

Ménard c. Rivet, [1997] RJQ 2108.

Procureur général du Québec c. Lambert, [2002] RJQ 509.

Saguenay (Ville de) c. Mouvement laïque québécois, [2013] RJQ 897.

C. Cour supérieure du Québec

Air Estrie (1987) inc. c. Ailes cosmiques inc., [1996] RJQ 735.

Grenier c. Québec (Procureure générale), 2016 QCCS 1442.

D. Cour d'appel des autres provinces canadiennes

Christie v. British Columbia, 2005 BCCA 631.

R. v. Rowbotham, [1998], 41 CCC (3d) 1 (C.A. Ont.).

E. Tribunal des droits de la personne du Québec

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Laval (Ville de), [2006] RJQ 2529.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse c. Centre de la petite enfance « Le Château des adorables », 2009 QCTDP 22.

Pogan c. Laboratoires Charles River-Préclinique CTBR, 2005 QCTDP 48272.

Turenne c. Québec (Procureur général) (Sûreté du Québec), 2007 QCTDP 30.

F. Cour européenne des droits de l'homme

Golder c. Royaume-Uni, 21 février 1975 série A n°18 C.E.D.H.

III. DOCTRINE ET AUTRES DOCUMENTS

A. Encyclopédies

Balate, Éric. « accès à la justice » dans *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, André-Jean Arnaud et Jean-Guy Belley, dir, 2^e éd., Paris, LGDJ, 1993.

Belley, Jean-Guy. « Pluralisme juridique » dans André-Jean Arnaud dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e édition, Paris, LGDJ, 1993.

B. Monographies

- Aristote. *Éthique à Nicomaque*, trad par Jules Tricot, coll. « Bibliothèque des textes philosophiques », Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1990.
- Arnaud, André-Jean. *Entre modernité et mondialisation. Cinq leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, Paris, 1998.
- Auerbach, Jerold S. « Justice without Law ? Resolving Disputes without Lawyers, Oxford, Oxford University Press, 1983.
- Bellah, Robert, et al. *Habits of the Heart : Individualism and Commitment in American Life*, Berkeley, University of California Press, 1985.
- Benyekhlef, Karim. *Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Éditions Thémis, 2015, 2e édition.
- Bobbio, Norberto. *Essais de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1998.
- Carbonnier, Jean. *Flexible droit, Textes pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, LGDJ, 2001, 10^e édition.
- Carbonnier, Jean. *Sociologie juridique*, Paris, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2004.
- Chevallier, Jacques. *L'État post-moderne*, LGDJ, Coll. « Droit et Société », Paris, 2003.
- Dabin, Jean. *Théorie générale du droit*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1969.
- Delpérée, Francis « Administration et médiation », Administration publique, Bruxelles, 1982.
- Dubet, François. *Le déclin de l'institution*, Paris, Éd. du Seuil, coll. L'épreuve des faits, 2002.
- Ehrlich, Eugen. *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge, Harvard University Press, 1936.
- Ewick, Patricia et Susan S Silbey, *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, University of Chicago Press, 1998.
- Gurvitch, Georges. *L'idée du droit social, notion et système du droit social Histoire doctrinale depuis le 17e siècle jusqu'à la fin du 19e siècle*, Paris, Sirey, 1932.
- Gurvitch, Georges. *Éléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940.
- Gurvitch, Georges. *Sociology of Law*, London, Routledge, 1947.

- Gurvitch, Georges. *La déclaration des droits sociaux*, Paris, Dalloz, 2009.
- Hertogh, Marc. *Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich*, Oxford, 2009.
- Hunyadi, Mark. *Morale contextuelle*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008.
- Kelsen, Hans. *Théorie pure du droit*, 2^e éd., Paris, Dalloz, 1962.
- Kelsen, Hans. *Qui doit être le gardien de la Constitution?*, (1931) Paris, Michel Houliard Éditeur, 2006.
- Lafond, Pierre-Claude. *L'accès à la justice civile au Québec Portrait général*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.
- Latulippe Ginette. *La médiation judiciaire : un nouvel exercice de justice*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2012.
- Lipovetsky, Gilles. *L'ère du vide. Essai sur l'individualisme contemporain*, Paris, Gallimard, 1983.
- Macdonald, Roderick A. *Le droit du quotidien*, McGill Queen University Press, Montréal, 2002.
- Métairie, Guillaume. *Des juges de proximité : les juges de paix. Biographies parisiennes (1790-1838)*, Paris, L'Harmattan, 2002.
- Noreau, Pierre. *Le droit préventif : le droit au-delà de la loi*, Montréal, Thémis/CDPQ, 1993.
- Ost, François et Michel van de Kerchove. *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002.
- Rawls John. *A Theory of Justice*, Oxford, Oxford University Press, 1971, 560.
- Rawls John. *La justice comme équité : Une reformulation de Théorie de la justice*, Paris, La Découverte, 2008.
- Rhode, Deborah. L. *Access to Justice*, Oxford University Press, 2004.
- Roberge, Jean-François. *La justice participative – Changer le milieu juridique par une culture intégrative de règlement des différends*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2011.
- Rocher, Guy. *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996.
- Romano, Santi. *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002.

Sommier, Isabelle. *Les nouveaux mouvements contestataires*, Flammarion, Coll. Dominos, Paris, 2001.

Taylor, Charles. *Grandeur et misère de la modernité*, Montréal, Bellarmin, 1992.

Taylor, Charles. *Le malaise de la modernité*, Paris, Les Éditions du Cerf, 2015.

B. Chapitres d'ouvrages collectifs

Atif, Katia. « La médiation et le morcellement des juridictions traitant du droit du travail, de la non-discrimination et de l'égalité en emploi : impact systémique sur l'accessibilité des femmes à la justice » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

Backhouse, Constance. « Qu'est-ce que l'accès à la justice ? », dans Julia Bass, William A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005.

Belley, Jean-Guy. « Pluralisme juridique » dans André-Jean Arnaud dir, *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2^e édition, Paris, L.G.D.J., 1993.

Belley, Jean-Guy. « Étudier et enseigner le droit aujourd'hui : vertus et vices du pluralisme juridique radical », dans Lynne Castonguay et Nicolas Kasirer, dir, *Études offertes à Jacques Vanderlinden, Étudier, et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain*, Bruylant, Éd. Yvon Blais, 2006.

Belley, Jean-Guy. « Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald: une analyse séquentielle », dans Andrée Lajoie et al. dir, *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997.

Bernatchez, Stéphane. « Le nouveau Code de procédure civile du Québec et les modes de PRD : les conditions de possibilité d'une transformation de la justice » dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile »?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014.

Bogart, W. A., Frederick H. Zemans et Julia Bass, « Introduction », dans Julia Bass, William A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005.

- Bosset, Pierre. « La place des institutions publiques dans la mise en œuvre des droits et libertés au Québec : barrières, filtres ou passerelles? » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- Dwyer, John. « Role and Responsibilities in Implement HR: Similarities and Differences in Approaches to Access to Justice » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- Cappelletti, Mauro et Bryant Garth. « Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective », dans Mauro Cappelletti et Bryant Garth, dir, *Access to Justice : A World Survey*, coll. «Florence Access to Justice Project», vol. 1, Milan, Sijthoff and Noordhoff/Giuffrè, 1978.
- Cappelletti, Mauro et Bryant Garth. « Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective », dans Mauro Cappelletti et Bryant Garth, dir, *Access to Justice : Studies of Promising Institutions*, coll. «Florence Access to Justice Project», vol. 2, Milan, Sijthoff and Noordhoff/Giuffrè, 1978.
- Cappelletti, Mauro et Bryant Garth, dir. *Access to Justice : Emerging issues and perspectives*, coll. «Florence Access to Justice Project», vol. 3, Milan, Sijthoff and Noordhoff/Giuffrè, 1978.
- Cappelletti, Mauro et Bryant Garth, dir. *Access to Justice : The anthropological perspective*, coll. «Florence Access to Justice Project», vol. 4, Milan, Sijthoff and Noordhoff/Giuffrè, 1978.
- Cappelletti Mauro et Bryant Garth « Access to Justice and the Welfare State: An Introduction », dans Mauro Cappelletti, dir, *Access to Justice and the Welfare State*, Bruxelles, European University Institute, 1981.
- Cappelletti, Mauro et Bryant Garth. « Introduction » dans Mauro Capelletti, dir, *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984.
- Champeil-Desplats, Véronique. « Effectivité et droits de l'homme : approche théorique », dans Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, dir, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre : Presses universitaires de Paris Ouest, 2008.
- Chevallier, Jacques. « La gouvernance et le droit » dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

- Commaille, Jacques. « La fonction de justice et le changement de régulation des sociétés », dans Nicolas Kasirer et Pierre Noreau, dir, *Sources et instruments de justice en droit privé*. Montréal, Éditions Thémis, 2002.
- Commaille, Jacques. « La justice et les transformations des sociétés contemporaines. Quelles politiques de justice? », dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives d'avenir. Les journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Éditions Thémis, 2010.
- Costa, Jean-Paul. « Le droit à un tribunal selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » dans Le Tribunal des droits de la personne du Québec et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- Coutu, Michel. « Le tribunal des droits de la personne du Québec comme "gardien de la Constitution". L'accessibilité au Tribunal mise en contexte » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- Coutu, Michel et Pierre Bosset. « La dynamique juridique de la Charte », dans Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse du Québec », dir, *Après 25 ans, la Charte québécoise des droits et libertés. Volume 2, Études*, Montréal, CDPDJ, 2003.
- Demers, Diane L. « Les tribunaux des droits de la personne : quel rôle et quelle place 'leur' réserve-t-on? » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *La Charte des droits et libertés de la personne : pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Yvon Blais, 2005.
- Eliadis, Pearl. « Human Rights Tribunals and Direct Access to Adjudication : A New Generation of Human Rights Protection? » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- Eliadis, Pearl. « Rethinking the Role of Human Rights Tribunals: Recent Developments », dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne: 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, vol. 405, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2015.
- Faribault, Paul. « Recours individuel au Tribunal des droits de la personne : quelques mécanismes propres à en faciliter l'accès et rôle nécessaire de la Commission » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.

- Fourçans, Claire. « L'ineffectivité du droit de ne pas être détenu arbitrairement pour les prisonniers de Guantánamo », dans Véronique Champeil-Desplats et Danièle Lochak, dir, *À la recherche de l'effectivité des droits de l'homme*, Nanterre : Presses universitaires de Paris Ouest, 2008.
- Frémont, Jacques. « La Charte, le droit statutaire et le droit commun du Québec trente ans plus tard : réflexions autour de malaises » dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, dir, *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.
- Galanter Marc. « La justice ne se trouve pas seulement dans les décisions des tribunaux », dans Mauro Cappelletti, dir, *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984.
- Grenier, Pierre. « Pour une meilleure justice sociale : un accès direct au Tribunal des droits de la personne et une Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse privilégiant ses fonctions de promotion et d'éducation ainsi que la représentation des groupes » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- Jones, Ann-Marie. « Allocution d'ouverture », dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.
- Jouanet, Emmanuelle. « Présentation critique » dans Martti Koskenniemi, *La politique du droit international*, Éditions Pedone, Paris, 2007.
- Lalonde, Louise. « État de droit et modes privés de gestion des différends », dans Daniel Mockle, dir, *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002.
- Lalonde, Louise. « La médiation judiciaire : nouveau rôle pour les juges et nouvelle offre de justice pour les citoyens, à quelles conditions? dans André Riendeau, dir, *Dire le droit : pour qui et à quel prix?*, Montréal, Wilson et Lafleur 2005
- Lalonde, Louise. « Médiation et droit : opposition, intégration ou transformation? Le 'continuum' dans la pratique civile et commerciale de la médiation », dans Barreau du Québec Service de la formation permanente, *Développements récents en médiation (2001)*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2001.
- Lalonde, Louise. « Une nouvelle justice de la diversité? CRA et justice de proximité », dans Vincente Fortier, dir, *Le droit à l'épreuve des changements de paradigmes*, Montpellier, CNRS, 2008.
- Lalonde, Louise. « La Conférence de règlement à l'amiable dans le *nouveau Code de procédure civile du Québec* : les deux faces de Janus», dans Louise Lalonde et

- Stéphane Bernatchez, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec : « Approche différente » et « accès à la justice civile »*, Sherbrooke, Les Éditions Revue de droit, 2014.
- Lamarche, Lucie. « La mission contemporaine du Tribunal des droits de la personne: un enjeu complexe dans une société complexe » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.
- LeBel, Louis. « L'Accès à la justice et son impact sur le droit à l'égalité réelle », dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- LeBel, Louis. « L'accès à la justice : une prise de conscience nécessaire de la nature d'un problème » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives. Les Journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010.
- Le Roy, Étienne. « L'hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité », dans Andrée Lajoie et al. dir, *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination, effectivité*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1997.
- Lowe, Diana J. « Access to Justice : Responding to Public Needs Within a Culture of Proportionality », dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives. Les Journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010.
- Macdonald, Roderick A. « L'accès à la justice aujourd'hui au Canada : étendue, envergure et ambitions » dans Julia Bass, William A. Bogart et Frederick H. Zemans, dir, *L'accès à la justice pour le nouveau siècle : les voies du progrès*, Toronto, Barreau du Haut-Canada, 2005.
- Macdonald, Roderick A. « Access to Justice and Law Reform » dans Janet Walker, dir, *The civil litigation process: cases and materials*, 6^e éd, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2005.
- Macdonald, Roderick A. et Alexandra Law. « Le juge et le citoyen : une conversation continue » dans André Riendeau, dir, *Dire le droit pour qui et à quel prix*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- Macdonald, Roderick A. « Une phénoménologie des modes alternatifs de résolution des conflits – résultat, processus et symbolisme » dans Christoph Eberhard et Geneviève Vernicos, dir, Paris, Éditions Karthala, 2006 (avec Pierre-Olivier Savoie).

- Macdonald, Roderick A. « HERE, THERE... AND EVERYWHERE Theorizing Legal Pluralism; Theorizing Jacques Vanderlinden » dans Lynne Castonguay et Nicolas Kasirer, dir, *Études offertes à Jacques Vanderlinden, Étudier, et enseigner le droit : hier, aujourd'hui et demain*, Bruylant, Éd. Yvon Blais, 2006.
- MacNaughton, Heather M. « Direct Access : The B.C. Experience » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.
- Macdonald, Roderick A. « A Lamentation for Law Reform » dans Adam Dodek et Daniel Jutras, dir, *The Sacred Fire: The Legacy of Antonio Lamer*, Toronto, LexisNexis, 2009.
- Macdonald, Roderick A. « Access to Civil Justice » dans Peter Cane and Herbert M. Kritzer, dir, *Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford, Oxford University Press, 2010.
- Marquis, Louis. « La prévention et le règlement des différends : socles du nouveau *Code de procédure civile du Québec*, dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile »?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014.
- Mockle, Daniel. « Les modes alternatifs de règlement des litiges en droit administratif », dans Jean-Louis Baudouin dir, *Médiation et modes alternatifs de règlement des conflits : aspects nationaux et internationaux*, Cowansville, Les Éditions Yvon Blais, 1997.
- Noreau, Pierre. « Avenir de la justice : des problèmes anciens... aux solutions prochaines » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives. Les Journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010
- Noreau, Pierre. « Accès à la justice et démocratie en panne : constats, analyses et projections » dans Pierre Noreau, dir, *Révolutionner la justice : constats, mutations et perspectives. Les Journées Maximilien-Caron 2009*, Montréal, Thémis, 2010.
- Ost, François et Michel van de Kerchove, « De la scène au balcon. D'où vient la science du droit ? », dans François Chazel et Jacques Commaille, dir, *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ, 1991.
- Paquet, Gilles. « L'accès à la justice dans un contexte élargi », dans *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium*

organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000.

Pinsonnault, Michel A. « Le juge adjudicateur... médiateur, conciliateur et facilitateur - une évolution nécessaire, un mouvement irrésistible » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.

Robert, Michel. « Instances juridictionnelles et réparations », dans Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, dir, *La Charte des droits et libertés de la personne : Pour qui et jusqu'où?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2005.

Rolland, François. « La médiation judiciaire en matière de droit à l'égalité » Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.

Robin, Juliet S. « Modernising Ontario's Human Rights System : The *Human Rights Code Amendment Act, 2006* » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

Santorineos, Anne-Marie. « Le nouveau *Code de procédure civile* : vers un accès proactif à la justice » dans Louise Lalonde et Stéphane Bernatchez, dir, *Le nouveau Code de procédure civile du Québec. « Approche différente » et « accès à la justice civile »?*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2014.

Tremblay, Miville. « La justice participative » dans *Collection des habiletés 2014-2015 de l'École du Barreau : Justice participative*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

Thibierge, Catherine. « Introduction » dans Catherine Thibierge, dir, *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris, LGDJ, Bruylant, 2009.

Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2008.

Tribunal des droits de la personne et Barreau du Québec, *Le Tribunal des droits de la personne : 25 ans d'expérience en matière d'égalité*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2015.

- Tunc André, « En quête de justice », dans Mauro Cappelletti, dir, *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984.
- Valois, Martine. « La mission de justice dans l'état moderne » dans Pierre P Tremblay, dir, *L'administration contemporaine de l'État : Une perspective canadienne et québécoise*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2012.
- Vanderlinden, Jacques. «Le pluralisme juridique, essai de synthèse» dans John Glissen, dir, *Le pluralisme juridique*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1972, 19.
- Veilleux, Diane. « Quelle justice la médiation institutionnelle en matière de droits de la personne est-elle en mesure de mettre en place? » dans Le Tribunal des droits de la personne et le Barreau du Québec, *L'accès direct à un tribunal spécialisé en matière de droit à l'égalité : l'urgence d'agir au Québec?*, Cowansville, Yvon Blais, 2008.
- Younes, Carole. « Médiation, subjectivisation de la norme et décentrage du sujet », dans Étienne Le Roy et Carole Younes, *Médiation et diversité culturelle*, Paris, Éditions Karthala, 2002.

D. Articles de périodiques

- Anand, Raj. « Putting Theory into Practice: Obstacles to Access to Justice » (2002) 21 Windsor Y.B. Access Just. 539.
- Bégin, Luc. « L'impartialité des juges et la lecture morale des droits », (1997) 38 C de D 417.
- Belley, Jean-Guy. « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique » (1986) 18 : 1 Sociologie et sociétés 11.
- Belley, Jean-Guy. « Georges Gurvitch et les professionnels de la pensée juridique» (1986) 4 Droit et Société 353.
- Belley, Jean-Guy. « Le Droit comme *terra incognita*: Conquérir et construire le pluralisme juridique », (1997) 12 Can. J.L. & Soc. 1.
- Belley, Jean-Guy. « Le pluralisme juridique comme orthodoxie de la science du droit » (2011) Canadian journal of law and society, 26:2 257
- Bernatchez, Stéphane. « Un tribunal spécialisé pour résister à l'approche civiliste en matière de droits de la personne » (2012) 42 RDUS 203.

- Bernatchez, Stéphane. « Le concept de droits », (2015) Hors série RQDI 131.
- Bernheim, Emmanuelle. « Le « pluralisme normatif » : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », (2011) 67 RIEJ 1.
- Bourdieu, Pierre. « La force du droit. Éléments pour une sociologie du champ juridique », dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, vol. 64, septembre 1986, 3.
- Brunelle, Christian. « Pour une restructuration de la Charte québécoise? » dans Mélanges Jacques-Yvan Morin, Hors-série juin 2015 Revue québécoise de droit international 199.
- Cappelletti, Mauro et Bryant Garth. « Access to justice. The newest wave in the worldwide movement to make rights effective », (1978) Buffalo Law Review 27:2 181.
- Cappelletti Mauro et Bryant Garth. « Access to Justice as a Focus for Research: Foreword » (1981) 1 Windsor Y.B. Access Just. ix.
- Cappelletti, Mauro. « Access to Justice as a Programme for Reform and a Method of Legal Analysis », (1982) 2 Windsor Y.B. Access Just. 204.
- Cappelletti Mauro et al. « Access to Justice Variations and Continuity of a World-Wide Movement » (1985) 54 Rev. Jur. UPR 221.
- Carrier-Plante Charles, Alexandre Duchesne Blondin, Jean-Marc Fontan, Richard-Alexandre Laniel, Yan Sénéchal et Kevin Vaillancourt, « L'accès à la justice : perspectives sociologiques », (2016) Nouveaux Cahiers du socialisme 16.
- Commaille, Jacques. « Contribution à une approche sociologique de la pratique judiciaire: les accidents de la circulation », (1976) 27 *L'Année sociologique* 197.
- Conklin, William E. « Whiter Justice ? The Common Problematic of Five Models of « Access to Justice », (2001) 19 Windsor Y.B. Access Just. 297.
- Cromwell, Thomas A. « Access to Justice : Towards a Collaborative and Strategic Approach », Viscount Bennett Memorial Lecture, (2012) 63 UNBLJ 38.
- Deschamps Marie. « L'accès à la justice, l'affaire de chacun », (2009) 50 C de D 247.
- de Sousa Santos, Bouaventura. « Droit : une carte de la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit » (1988) 10 Droit et Société 363.
- Eid, Paul. « Entre modernité et postmodernité : la Cour Suprême canadienne et la notion de discrimination inscrite dans la Charte des droits et libertés (1986-1993) » (2001) 33:1 Sociologie et sociétés 205.

- Gagnon, Sylvie. « La saisine individuelle du Tribunal des droits de la personne : un recours utile et effectif », (2001) 14.2 RQDI 189.
- Galanter, Marc. « Justice in many rooms: courts, private ordering and indigenous law » (1981) 19 Journal of Legal Pluralism 1.
- Galanter, Marc. « Why the Haves Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change », (1974) 9:1 Law and Society Review 95.
- Galanter, Marc. « The Duty *Not* to Deliver Legal Services », (1976) 30 Miami Law Review 929.
- Griffith, John. What is legal pluralism?, (1986) 24 Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 1.
- Guillemard, Sylvette. « Médiation, justice et droit : un mélange hétéroclite », (2012) 53 C de D 189.
- Hughes, Patricia. « Law Commissions and Access to Justice : What Justice Should We Be Talking About? » (2008) 46:4 Osgoode Hall L.J. 773.
- Kleinhans, Martha-Marie et Roderick A. Macdonald. « What is a *critical* legal pluralism? », (1997) 12:2 CJLS 25.
- Lacroix, André, Louise Lalonde et Georges A. Legault. « Les transformations sociales et la théorie normative du droit », (2002-03) 33 RDUS 1.
- Lalonde, Louise. « La médiation, une approche «internormative» des différends? Analyse comparative des approches de G. A. Legault et de R. A. Macdonald » (2002-2003) 33 R.D.U.S. 97.
- Lalonde Louise. « Les modes de PRD : vers une nouvelle conception de la justice? », (2003) 1:2 RPRD 17.
- Lalonde, Louise. « L'application de la Charte des droits et libertés de la personne dans le monde vécu, de la protection civiliste à la promotion des droits fondamentaux. Réflexion sur le rapport entre la Charte et le monde vécu » dans *La Charte québécoise : origines, enjeux et perspectives*, (2006) Numéro thématique hors série R du B 321.
- Lalonde, Louise. « La «nouvelle» conciliation judiciaire au TAQ, vers une justice processuelle et contextuelle? Réflexion sur les diverses finalités possibles de cette pratique », (2009), non publié.
- Lalonde, Louise. « Du balcon aux coulisses de la scène? Une approche métathéorique

- réflexive des discours de la doctrine juridique », (2012) 68 RIEJ 49.
- Legault, Georges-A. « Les nouveaux modes de règlement des différends et la transformation de la fonction de juger : vers une justice renouvelée » (2001) 3:2 *Éthique publique* 69.
- Legault, Georges-A. « La médiation et l'éthique appliquée en réponse aux limites du droit » (2002-03) 33:1-2 *RDUS* 153.
- Lenczner, Alan. « Crise dans l'accès à la justice: le temps n'est plus aux réformettes », (2010-2011) 12 *RCLF* 337.
- Lenoble, Jacques. « L'efficience de la gouvernance par le droit. Pour une procéduralisation contextuelle du droit », (2002-2003) 33:1-2 *RDUS* 13.
- Lenoble, Jacques. « Au-delà des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit », (2007) 1 *European journal of Legal Studies* 1.
- Lenoble, Jacques et Marc Maesschalck, *L'action des normes. Éléments pour une théorie de la gouvernance*, Sherbrooke, Éditions RDUS, 2009.
- Lenoble, Jacques et Marc Maesschalck, *Droit, démocratie et gouvernance*, Sherbrooke, Éditions RDUS 2011.
- Lockyer, James E. « The Roles and Responsibilities of the Legal Profession in Futhering Access to Justice » (1992) 12 *Windsor Y.B. Access Just.* 356.
- Macdonald, Roderick A. « Accessibilité pour qui? Selon quelles conceptions de la justice? » (1992) 33 : 2 *C. de D.* 457.
- Macdonald, Roderick A. « Theses on Access to Justice » (1992) 7 *Can JL & Soc* 23.
- Macdonald, Roderick A. « Access to Justice and Law Reform » (1990) 10 *Windsor Y.B. Access Just.* 287.
- Macdonald, Roderick A. « Entre l'efficience de Justinien et la justice de Locke » (2001) 42 *C de D* 793.
- Macdonald, Roderick A. « Access to Justice and Law Reform #2 », (2001) 19 *Windsor Y.B. Access Just.* 317.
- Macdonald, Roderick A. « L'hypothèse du pluralisme juridique dans les sociétés démocratiques avancées » (2003) 33 *RDUS* 133.
- Macdonald, Roderick A. « Unitary Law Re-form, Pluralistic Law Re-Substance: Illuminating Legal Change » (2006) 67:4 *La L Rev* 1113.

- Marquis, Louis. « Dynamisme, justice participative et droit québécois » (2007) 1 *Revue de prévention*, 1.
- Nader, Laura. « Processes of Constructing (No) Access to Justice (for Ordinary People) » (1990) 10 *Windsor Y.B. Access Just.* 496.
- Noël, Alain. « Présentation du numéro : vers un nouvel État-providence? Enjeux démocratiques », (1996) 30 *Politique et Sociétés* 3.
- Noreau, Pierre et Alexandra Pasca. « Les grands modèles de justice de proximité : bilan d'une nouvelle pratique juridique », (2014) 44 *RGD* 305.
- Nockleby, John T. « Introduction: Access to justice: It's Not for Everyone » (2009) 42 *Loy LA L Rev* 859.
- Normand, Sylvio. « De la difficulté de rendre une justice rapide et peu coûteuse : une perspective historique (1840-1965) » (1999) 40:1 *C de D* 13
- Otis, Louise. « La justice conciliationnelle : l'envers du lent droit », (2001) *Éthique publique*, 3:2 63.
- Otis, Louise et Eric H Reiter. « Mediation by Judges: A New Phenomenon in the Transformation of Justice » (2006) 6 *Pepp Disp Resol. L.J.* 351.
- Penner, Roland. « Access to Justice and Law Reform » (1990) 10 *Windsor Y.B. Access Just.* 338.
- Rawls John. « Justice as Fairness », (1958) 67:2 *The Philosophical Review* 164.
- Rawls John. « Justice as Fairness: Political not Metaphysical », (1985) 14:3 *Philosophy and Public Affairs* 223.
- Ringelheim, Julie. « Droit, contexte et changement social » (2013) 70 *RIEJ* 157.
- Rivet, Michèle et Anne-Marie Santorineos. « Juger à l'ère des droits fondamentaux », (2012) 42 *RDUS* 363.
- Rocher, Guy. « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C de D* 91.
- Langer, Rosanna. « Book Review: Lessons of Everyday Law/Le Droit du Quotidien », by Roderick A. Macdonald », (2004) 42:1 *Osgoode Hall Law Journal* 176.
- Roy, Stéphanie. « Le langage clair en droit : pour une profession plus humaine, efficace, crédible et prospère ! », (2013) 54:4 *C de D* 975.

- Rozon, Louise. « L'accès à la justice et à la réforme de la Cour des petites créances » (1999) 40:1 C de D 243.
- Santorineos, Anne-Marie. « L'accès à la justice en matière de droits de la personne: le difficile accès au Tribunal des droits de la personne », (2012) 42:1-2 RDUS 49.
- Terré, Dominique. « Le pluralisme et le droit », (2005) *Arch. phil. droit* 69.
- Timsit, Gérard. « Les deux corps du Droit: essais sur la notion de la régulation » (1996) *Revue française d'administration publique* 375.
- Tunc, André. « Le Colloque de Florence sur l'accès à la justice (14-18 octobre 1979) », (1979) 31:4 RIDC 836.
- Vanderlinden, Jacques. « Réseaux, pyramide et pluralisme ou regards sur la rencontre de deux aspirants-paradigmes de la science juridique », (2000) 49 R.I.E.J. 11.
- Vanderlinden Jacques P. « Une lecture du système normatif de l'Église catholique par un pluraliste comparatiste aux personnalités multiples » (2005) 50 *Revue de droit de McGill* 809.
- Windsor Yearbook of Access to Justice, University of Windsor, Faculty of Law.
- Workun, Denise. « Mediation Helps Break Human Rights Logjam », 2000, en ligne : <http://www.nelligan.ca/e/mediationhelpsbreakhumanrightslogjam.cfm>.

E. Documents des Barreaux

- Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur les systèmes de justice civile, *Rapport du Groupe de travail sur les systèmes de justice civile*, sous la direction de l'honorable Brian Dickson, Ottawa, L'Association du Barreau canadien, août 1996.
- Association du Barreau canadien, *Vers le futur. Réforme de la justice civile du Canada 1996 à 2006 et au-delà*, sous la direction de Margaret A. Shone, Ottawa, L'Association du Barreau canadien, décembre 2006.
- Association du Barreau canadien, *Projet de l'ABC. Avenirs en droit. La perspective des clients*, 2013.
- Association du Barreau canadien, *Projet de l'ABC Avenirs en droit : Transformer la prestation des services juridiques au Canada*, Ottawa, août 2014, en ligne : ABC <<http://www.cbafutures.org>>.

Barreau du Québec, *Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile présenté à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec le 19 décembre 2011*, 2 février 2012, en ligne : Barreau du Québec <<http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/positions/2012/>>.

Barreau du Québec, communiqué 2012, « Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile : Il faut poursuivre le travail si on veut atteindre les objectifs » (2 février 2012), en ligne : <http://www.barreau.qc.ca/fr/actualites-medias/communiqués/2012/02/02-nouveau-code-procedure-civile>.

Association du Barreau canadien, Comité sur l'accès à la justice, *Atteindre l'égalité devant la justice: une invitation à l'imagination et à l'action. Un rapport sommaire du Comité sur l'accès à la justice de l'ABC*, Ottawa, 2013.

Barreau du Québec, Mémoire du Barreau du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile décembre 2011.

Comité *ad hoc* sur les frais du Barreau de Montréal, *Les modifications requises aux régimes de l'attribution des coûts de litiges, des dommages exemplaires, de l'incitation aux règlements raisonnables et expéditifs, et de financement de litiges*, Québec, 2004, en ligne : <http://www.barreaudemontreal.qc.ca>.

Comité de l'accès à la justice de l'Association du Barreau canadien, *Nouveau regard sur l'égalité devant la justice*, Ottawa, L'Association du Barreau canadien, avril 2013.

Comité de l'accès à la justice de l'Association du Barreau canadien, *Atteindre l'égalité devant la justice : une invitation à l'imagination et à l'action*, Ottawa, L'Association du Barreau canadien, novembre 2013.

F. Actes de colloques et documents de conférences

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, *Oser les droits et libertés! Organisations et enjeux : colloque 15 et 16 juin 2009*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse Québec, 2009.

Ab Currie, « Surfer sur la troisième vague – Notes sur l'avenir de l'accès à la justice » dans *Élargir nos horizons, redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000.

Cronk, Eleanore. « Savoir-faire culturel : analyse des obstacles à l'accès au système de

- justice civile par les parties », Forum canadien sur la justice civile, Conférence Vers le futur, mai 2006.
- Dufresne, Jacques. « De la règle de droit à la philia » dans *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000.
- Audet, Pierre E. « La réforme de la procédure civile de 2002 : un jalon de plus vers l'idéal d'un accès à la justice pour tous? », Forum canadien sur la justice civile, Conférence Vers le futur, mai 2006.
- Gander, Lois. « Nouveaux partenariats et nouveaux mécanismes de prestation » dans *Élargir nos horizons, redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la Justice du Canada, 2000.
- Lowe, Diana. « What does the Public Really Want from their Lawyers and from the Justice System? », dans l'Association du Barreau canadien (section de la Colombie-Britannique), *Bar Talk* Calgary (Alb.), Forum canadien sur la justice civile, octobre 2005.
- Macdonald Roderick A. « La justice avant l'accès », dans *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, 2000.
- McLachlin, Beverley. « Les défis auxquels nous faisons face », allocution présentée à l'Empire Club of Canada, 8 mars 2007, en ligne : Cour suprême du Canada <http://www.scc-csc.gc.ca>.
- Monette, Pierre-Yves. « De la médiation comme mode de résolution de conflits et de ses différentes applications », Symposium international de Bamako, 2011.
- Otis, Louise. « La transformation de notre rapport au droit par la médiation judiciaire », *Thémis* », 8^e Conférence Albert-Mayrand 2004, Montréal, *Thémis*, 2005.
- Otis, Louise. « Alternative Dispute Resolution: Judicial Mediation » dans *Le règlement précoce des litiges et le rôle des juges. Actes de la 1e Conférence européenne des juges 2003*, tenue du 24 au 25 novembre 2003 à Strasbourg, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2005.
- Rolland, François. « L'accès à la justice : 3 ans après la réforme de la procédure civile », Conférence spéciale Vers le futur : Ordre du jour de la réforme de la justice civile,

présentée au Hilton Montréal Bonaventure, mai 2006 en ligne : <<http://www.cfcj-fcjc.org/sites/default/files/docs/2006/rolland-fr.pdf>>.

Québec, Ministère de la justice, *Les actes du Sommet de la justice tenu à Québec du 17 au 21 février 1992 : la justice, une responsabilité à partager*, Gouvernement du Québec, Ministère de la justice, 1992.

G. Documents gouvernementaux

Canada, Ministère de la Justice du Canada, *Access to Justice : The State of Research and Vision of Future*, Ottawa, 1990.

Canada, Ministère de la justice du Canada, *Élargir nos horizons : Redéfinir l'accès à la justice au Canada. Compte rendu du symposium organisé par le ministère de la Justice du Canada tenu le 31 mars 2000 à Ottawa*, Ottawa, Ministère de la justice du Canada, 2000.

Comité d'action sur la justice en matière civile et familiale, *L'accès à la justice en matière civile et familiale. Une feuille de route pour le changement*, sous la direction de l'honorable Thomas A. Cromwell, Ottawa, Canada, octobre 2013.

Comité de révision de la procédure civile, *La révision de la procédure civile – une nouvelle culture judiciaire*, sous la direction du professeur Denis Ferland, Québec, Ministère de la Justice, 2001.

Comité de travail sur la réforme de l'aide juridique, *Rapport du Comité de travail sur la réforme de l'aide juridique*, sous la direction du professeur William A. Schabas, Gouvernement du Québec, décembre 1995.

Commission du droit du Canada, « De la justice réparatrice à la justice transformatrice », document de discussion, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, Éditions du gouvernement du Canada Ottawa, 1999, en ligne : <http://publications.gc.ca/site/fra/84829/publication.html>.

Commission du droit du Canada, *La transformation des rapports humains par la justice participative*, ministre des Travaux publics et des Services gouvernementaux, Éditions du gouvernement du Canada Ottawa, 2003, en ligne : <http://publications.gc.ca/collections/Collection/JL2-22-2003F.pdf>.

Commission du droit du Canada, *Budget des dépenses, Rapport sur le rendement (pour la période se terminant le 31 mars 2002)*, ministre des Travaux publics et Services gouvernementaux Canada, Ottawa, Éditions du gouvernement du Canada, 2002,

Secrétariat du Conseil du Trésor du Canada, en ligne : www.tbs-sct.gc.ca/rma/dpr/01-02/LCC/LCC0102dpr_f.pdf (16 février 2009).

Communiqué du gouvernement du Québec, *Le Plan Accès Justice : pour une justice plus accessible et plus efficace*, présenté le 29 septembre 2011 par le ministre de la Justice [de l'époque], M. Jean-Marc Fournier.

Communiqué du gouvernement du Québec, *Adoption du projet de loi no 28 instituant le nouveau Code de procédure civile - Le ministre de la Justice salue cette avancée en matière d'accès à la justice*, présenté le 20 février 2014 par le ministre de la Justice [de l'époque], Bertrand St-Arnaud, en ligne : <http://www.fil-information.gouv.qc.ca/Pages/Article.aspx?aiguillage=ajd&type=1&idMenuItem=1&idArticle=2202206004>.

Dossier Justice Québec, *Hausse des seuils d'admissibilité à l'aide juridique*, en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/ministere/dossiers/aide/seuils_aide.htm.

Groupe d'étude sur la réforme du système de justice civile, *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations*, sous la direction de l'honorable Coulter A. Osborne, gouvernement de l'Ontario, novembre 2007.

Groupe de travail sur l'accessibilité à la justice, *Jalons pour une plus grande accessibilité à la justice*, sous la direction de Roderick A. Macdonald, Ministère de la justice, Québec, 1991 (avec Pierre-E. Audet).

Groupe de travail sur la révision du régime d'aide juridique au Québec, *Pour une plus grande accessibilité à la justice*, sous la direction de Pierre Moreau, Québec, Ministère de la Justice, 2005.

Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, *Mémoire déposé lors du mandat « Consultations particulières sur le projet de loi n° 28 »*, 2013, en ligne : <http://www.assnat.qc.ca>.

Ontario, Ministère du Procureur général, Document d'information : L'Ontario adopte la Loi modifiant le Code des droits de la personne, 5 décembre 2006, en ligne : <http://news.ontario.ca/archive/fr/2006/12/05/L039Ontario-adopte-la-Loi-modifiant-le-Code-des-droits-de-la-personne.html>.

Ontario. Révision de la justice civile de l'Ontario, *Révision de la justice civile : rapport complémentaire et final*, sous la direction de Robert A. Blair et Heather Cooper, Toronto, novembre 1996.

Plan stratégique 2010-2015 du ministère de la Justice du Québec, 2010, en ligne :
<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/administ/pdf/plan-strat1015.pdf>.

Plan stratégique 2015-2020 du ministère de la Justice du Québec, 2015, en ligne :
<http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/administ/pdf/plan-strat1520.pdf>.

E. Documentation internationale et étrangère

Archives parlementaires, 1^{ère} série, I.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (1955) 213 RTNU 221.

Doc. Off. Comité des droits de l'homme, 65^e session, 1737^e et 1738^e séances, Doc. NU CCPR/C/103/Add.5, 7 avril 1999.

Doc. Off. Comité des droits de l'homme, 85^e session, 2311^e et 2312^e séances, Doc. NU CCPR/C/CAN/CO/5, 20 avril 2006.

H. Débats législatifs

Commission permanente des institutions, *Examen des orientations, des activités et de la gestion de la Commission des droits de la personne du Québec. Rapport final*, Québec, (14 juin 1988).

Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de l'Assemblée nationale*, 33^e législ, 2^e sess, vol. 30, n^o 119 (31 mai 1989).

Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, 33^e lég, 2^e sess vol. 30, n^o 133 (20 juin 1989)

Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats*, n^o 91 (10 décembre 1990).

Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*, Consultations particulières dans le cadre de l'étude détaillée du projet de loi n^o 87 - Loi modifiant la Loi sur l'aide juridique, 35^e légis, 1^{re} sess, vol 34, n^o 50 (6 juin 1995).

Québec, Assemblée nationale, *Journal des débats de la Commission des institutions*,

Consultations particulières dans le cadre de l'étude détaillée du projet de loi n° 20 - Loi modifiant la Loi sur l'aide juridique, 35^e légis, 2^e sess, vol 35, n° 25 (5 juin 1996).

I. Documents d'organisations indépendantes

Agrast Mark D. *et al.*, *Rule of Law Index 2012-2013*, Washington, D.C. : The World Justice Project, 2012.

Agrast Mark D. *et al.*, *Rule of Law Index 2011*, Washington, D.C. : The World Justice Project, 2011.

Forum canadien sur la justice civile, *The Cost of Justice: Weighing the Costs of Fair and Effective Resolution to Legal Problems*, 2012, en ligne : <http://www.cfcj-fcjc.org>.

Guide de l'accès à la justice, Protégez-vous et Barreau du Québec, 2009.

J. Articles de journaux

Beaudoin Mélanie. *Accès à la justice. Vers l'avenir: innovation, éducation, engagement*, Le Journal du Barreau du Québec, décembre 2013.

de Grandpré, Hugo. « Problème grave et urgent d'accès à la justice », La Presse, publié le 08 octobre 2013: <http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/actualites-judiciaires/201310/08/01-4697602-probleme-grave-et-urgent-dacces-a-la-justice.php>.

Doyon, Michel J. « Les défis de la justice : une affaire de tous », Journal du Barreau, mai 2008.

Forget, Dominique. « Justice : Une affaire de riches » L'actualité, 1^{er} mai 2011.

Hainsworth, Jeremy. « Window of Opportunity' Closing to Fix Country's Access to Justice », *The Lawyers Weekly*, 10 mai 2013.

Lachapelle, Jacques et al. « Le monde judiciaire malade de sa justice », *Le Devoir*, 27 mars 2008.

Lachapelle, Judith. « Plus de 1 million en frais de procédure... avant même le procès », La Presse, Montréal, 7 janvier 2006.

- La Presse canadienne. « Ultime combat pour Claude Robinson en Cour suprême », 13 février 2013, en ligne : <http://www.lapresse.ca/actualites/justice-et-affaires-criminelles/proces/201302/13/01-4621200-ultime-combat-pour-claude-robinson-en-cour-supreme.php>.
- La Presse canadienne. « Le système de justice fait de plus en plus défaut aux citoyens, selon un rapport », paru dans *Le Devoir*, 9 octobre 2013.
- Latreille, Christian. *Claude Robinson obtient gain de cause, mais pas tout son argent*, Montréal, Radio-canada, 23 décembre 2013, en ligne : <http://ici.radiocanada.ca/nouvelles/societe/2013/12/23/002-cinar-claude-robinson-cour-supreme-decision.shtml>.
- Malboeuf, Marie-Claude. « Près de la moitié des Québécois ne font pas confiance aux tribunaux », *La Presse*, Montréal, 5 janvier 2006.
- Malboeuf, Marie-Claude. « Les coûts de la justice : des citoyens à bout », *La Presse*, Montréal, 7 janvier 2006.
- Malboeuf, Marie-Claude. « Le cri d’alarme des juristes », *La Presse*, Montréal, 7 janvier 2006.
- Malboeuf, Marie-Claude. « Des procès plus court ? », *La Presse*, Montréal, 8 janvier 2006.
- McKiernan, Michael. « Lawyers integral in making justice accessible: McLachlin », *Law Times*, 20 février 2011, en ligne : <http://www.lawtimesnews.com/201102218262/Headline-News/Lawyers-integral-in-making-justice-accessible-McLachlin>.
- Miles, Bryan. « Robinson a trouvé «sérénité et quiétude» pour la première fois depuis longtemps », Montréal, *Le Devoir*, 20 janvier 2014, en ligne : <http://www.ledevoir.com/societe/justice/397760/robinson-a-trouve-a-la-suite-de-sa-victoire-en-cour-supreme-une-serenite-et-une-quietude>.
- Mulgrew, Ian. « Winds of Change Begin to Blow through Broken Legal System », *The Vancouver Sun*, 28 avril 2013.
- Ricard-Châtelain, Baptiste. *La Cour suprême donne raison à Claude Robinson*, Québec, *Le Soleil*, 23 décembre 2013, en ligne : <http://www.lapresse.ca/le-soleil/actualites/justice-et-faits-divers/201312/23/01-4723560-la-cour-supreme-donne-raison-a-claude-robinson.php>.
- Robitaille, Antoine. *AFFAIRE CLAUDE ROBINSON Interminable (in)justice*, Montréal, *Le Devoir*, 23 décembre 2013, en ligne : <http://www.ledevoir.com/culture/cinema/395921/interminable-in-justice>.

K. Mémoires

Institut de médiation et d'arbitrage du Québec, *Mémoire de l'Institut de médiation et d'arbitrage du Québec sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, déposé à la Commission des institutions de l'Assemblée nationale du Québec, 2011.

Lalonde Louise, *Mémoire portant sur l'avant-projet de loi instituant le nouveau Code de procédure civile - Plus spécifiquement, concernant les dispositions relatives à la Conférence de règlement à l'amiable (CRA) et à la médiation comme mode de justice civile privée*, déposé à la commission des institutions de l'assemblée nationale du Québec, 2011.